

---

# Perspectiva canónica del *trust*

## *Canonical Perspective on Trust*

RECIBIDO: 3 DE JULIO DE 2015 / ACEPTADO: 18 DE SEPTIEMBRE DE 2015

---

**Javier OTADUY**

Profesor Ordinario de Parte general y Derecho de la persona  
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra  
jotaduy@unav.es

**Resumen:** Buena parte de la doctrina británica entiende que el *trust (use)* brotó sin conexión alguna con el *ius commune* del continente. En realidad hubo múltiples conexiones que hacen al derecho continental, civil y canónico, corresponsable del origen del *use*. La influencia eclesiástica fue grande en la *Court of Chancery* para juzgar equitativamente sobre los derechos de los beneficiarios. Los *Christian Courts* juzgaban además de los *trusts* intergeneracionales. La doctrina continental ocupó un lugar cómodo junto al *Common Law* hasta el siglo XVII. Desde el movimiento codificador europeo ha existido una fuerte suspicacia frente a todos los negocios fiduciarios, por insolidarios y simulatorios. El derecho canónico ha admitido, con cautelas, la posibilidad del negocio fiducial. En el actual c. 1302 cabe el modelo del *charitable trust*, siempre que el ordenamiento civil del país lo acepte.

**Palabras clave:** *Trust, Use, Charitable Trust, Common Law, Equity, Derecho canónico, Fideicomiso, Mortmain, Fundación, Ius Commune.*

**Abstract:** Much of British jurisprudence assumes that «trust» (*use*) arose independently of continental *ius commune*. In fact, however, there are a number of interconnections that render civil and canonical law on the continent of equal bearing in the emergence of *use*. There was significant ecclesiastical influence on the *Court of Chancery* as regards equitable judgment of the rights of beneficiaries. *Christian Courts* also passed judgment on intergenerational *trusts*. Continental teaching held equal sway with *common law* until the seventeenth century. The codifying movement in Europe has always been markedly suspicious of all trust business, which is regarded as lacking in solidarity and potentially fraudulent. Canon law has tentatively conceded the possibility of fiduciary business. The model of *charitable trust* is set out in the current canon 1302, on the condition that the civil law of a given country accepts it.

**Keywords:** *Trust, Use, Charitable Trust, Common Law, Equity, Canon Law, Fideicommissum, Mortmain, Foundation, Ius Commune.*

Es muy difícil trabajar sobre las fundaciones canónicas o sobre las personas jurídicas *in Ecclesia* sin que de un modo u otro deje de proyectarse la sombra del *trust* anglosajón. Además de esa sombra, hay muchas otras razones para dar a conocer el *trust* en el ambiente canónico. Es un negocio jurídico que está en el origen de un número cada vez mayor de empresas en el mundo, no sólo en el ámbito anglosajón. Algunos países de tradición jurídica continental han aceptado, a través del convenio de la Haya, los efectos del *trust* en su territorio. Se puede hablar de un fenómeno en auge en la vida económica internacional. Además, no se puede desconocer que el derecho canónico recoge en su legislación el negocio fiduciario (*trust* significa *fiducia*) como un medio de acceso a los bienes para causas pías. Ya veremos cómo entiende el derecho canónico este medio de transmisión patrimonial, pero es indudable que le concede un espacio legislativo. Por último, el *trust* nació con una considerable influencia eclesíástica. De un tiempo a esta parte el papel del derecho canónico en los orígenes de la figura ha sido reconocido vigorosamente por algunos autores, aunque sigue permaneciendo en la penumbra para la mayoría de los canonistas.

Todas estas razones hacen del *trust* un objetivo interesante para la ciencia canónica. O si no para la ciencia, al menos para la divulgación. En este trabajo trataremos algunas materias que ya han comparecido en textos de autores de peso. Pero no todas siempre, ni todas juntas.

Conviene saber que en este asunto se presentan dos perspectivas que entran en contraste de una manera notable. Las dos miradas. La mirada que sobre el *trust* tiene el mundo jurídico anglosajón, y la que tiene el derecho continental, muy especialmente Francia y España. Esta última mirada resulta bastante suspicaz y hasta cierto punto hostil. Si alguien está alineado en la contienda, o desea estarlo (cosa que no aconsejamos) debería conocer bien las razones de unos y de otros.

## 1. DESCRIPCIÓN DEL NEGOCIO Y NOMENCLATURA DE LOS PROTAGONISTAS

Un *trust*, sería, con palabras del art. 2 del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre la ley aplicable al *Trust*, «las relaciones legales creadas (*inter vivos* o *mortis causa*) por una persona, el *settlor* (o constituyente), mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* (depositario) en interés de un

beneficiario o con un fin determinado»<sup>1</sup>. Por tanto, hay un trío imprescindible en todo *trust*. El *settlor* es el causante originario que transfiere la propiedad y pierde su capacidad de disposición; el *trustee* o fiduciario es quien recibe la propiedad del bien, y pasa a ser por lo tanto el *legal owner*. El *trustee* recibe los bienes del *trust* como un capital separado del suyo propio, que debe administrar. Podrá disfrutar del bien, aunque siempre sujeto a la carta fundacional del *trust*, y en beneficio de un tercero; y por último el beneficiario o fideicomisario (*beneficial owner*), a cuyo favor se administra el bien, y que ordinariamente percibe sus frutos<sup>2</sup>. «Cuando una persona tiene derechos que está obligado a ejercer en nombre de otro o para el cumplimiento de una finalidad particular se dice que tiene esos derechos *in trust* para ese otro o para esa finalidad, y se le llama un *trustee*»<sup>3</sup>. El *trust* es una relación jurídica, no una entidad. Es un sistema de gestión o administración del patrimonio. O si preferimos, es un negocio jurídico, que genera una relación jurídica a consecuencia de la cual se sigue un modo de administrar unos bienes. Evidentemente hay un patrimonio objetivo, pero ese patrimonio no goza de personalidad jurídica y por tanto no le son atribuidos derechos y deberes de los que deba responder<sup>4</sup>. Debe res-

<sup>1</sup> El art. 2 continúa con esta interesante descripción: «El *trust* posee las características siguientes: a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*» (Art. 2, Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley aplicable al *Trust* y a su reconocimiento; entrada en vigor: 1-1-1992). Mauricio Lupoi establece así cinco reglas exigidas en todo *trust*: «(1) the transfer of property to the trustee, or a unilateral declaration of trust; (2) the lack of commingling between said property and other elements of the trustee's estate (segregation); (3) the loss of any power of the settlor over said property; (4) the existence of beneficiaries or a purpose, and the resulting functionalism of the exercise of the right transferred to the trustee; and (5) the imposition of a fiduciary component upon the exercise of the trustee's rights, with principal reference to conflicts of interest» (M. LUPOI, *The civil Law Trust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 32 [1999] 970).

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo, entre la amplísima bibliografía sobre *trusts*, J. DE ARESACOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid 2000, 59-72.

<sup>3</sup> «When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee» (F. W. MAITLAND, *Equity also The Forms of Action at Common Law. Two courses of Lectures* [A. H. CHAYTOR – W. J. WHITTAKER (eds.)], Cambridge University Press, Cambridge 1929, 44).

<sup>4</sup> «Un *trust* no es una persona en el derecho, como un individuo o una persona jurídica, capaz de ser propietaria. Para que exista un *trust*, los bienes tienen que estar sujetos a *trust*, es decir, la propiedad estará atribuida a uno o varios *trustees* (que pueden ser individuos o personas jurídicas) o

ponder una persona física, que es el *trustee*, directamente o por persona interpuesta. El *trust* por tanto, respondiendo a su nombre, es el acto de confianza en virtud del cual alguien acepta la administración de un patrimonio (*in trust*).

El sistema de *trust* se originó en la Gran Bretaña del bajo medievo a través de negocios jurídicos para la transmisión del uso de la tierra<sup>5</sup>. Las razones para llevar a cabo la transmisión eran muy distintas. El *trust* podía tener usos muy razonables para la sucesión intergeneracional y para la protección familiar en casos de riesgo para la vida del propietario, pero podía ser útil también para evitar que los herederos pagasen las deudas, para conseguir eludir las rígidas reglas del *common law* sobre la primogenitura, o para evitar los impuestos sobre el patrimonio. Eran muchos los tipos de negocio y las estrategias que se seguían<sup>6</sup>.

En cualquier caso los *trusts* suscitaban dos situaciones jurídicas diversas en cuanto a la defensa procesal de los derechos<sup>7</sup>. Una era la situación del *trustee*, en la que intervenía el *common law* y los tribunales ordinarios, que sólo reconocían como merecedora de protección la situación jurídica nacida entre el *settlor* y el *trustee*. El tribunal no pedía cuentas al *trustee* de las obligaciones nacidas de la fiducia. Los *beneficial owners*, beneficiarios o fideicomisarios, no podían acogerse al *common law* sino a los tribunales de equidad (*Court of Chancery*). Y no era infrecuente que intervinieran también los tribunales eclesiásti-

---

bien a algún representante del *trust*» [traducción propia] (la cita pertenece a A. UNDERHILL – D. J. HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, LexisNexis, London 182010, cit. por M. BERNARDINI – A. MASTROMATTEO, *Capitolo II. Il trust*, en A. ARCERI – M. BERNARDINI – M. BUCCHI, *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Maggioli, Dogana [Repubblica di San Marino] 2010, 99, nota 168).

<sup>5</sup> Un buen resumen, dentro de la doctrina española, de los términos y estructura jurídica del negocio del *trust* en el derecho inglés, en F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid 2002 [= Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1971], 394-395.

<sup>6</sup> Cfr. N. JONES, *Trusts in England after the Statute of Uses: A View from the 16th. Century*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiducia*», cit., 181-190; J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, en *ibid.*, 111-152.

<sup>7</sup> «[El *trust* anglosajón también] pertenece a este supuesto en tanto que atribuye una titularidad fiduciaria, aunque no necesariamente *mortis causa*; el rasgo más característico es la distinción entre los derechos resultantes de la constitución: el fiduciario o *trustee* es propietario sujeto a *trust* (*equitable obligation*): el fideicomisario o *beneficiary* tiene un derecho o interés en equidad (*equitable interest*), así llamado porque originariamente sólo era susceptible de tutela ante los Tribunales de Equidad (opuesto a *common law*); lo que dio en una suerte de propiedad dual o *dual ownership*. Es definido como una relación fiduciaria que sujeta a la persona a quien se inviste de la propiedad a deberes de equidad de administrarla en beneficio de otra, según resulta de la voluntad manifiesta de constituirla» (L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *La fiducia sucesoria, ensayo de construcción dogmática*, Revista Crítica de derecho inmobiliario 583 [XI-XII 1987] 1743).

cos por razón de materia (el testamento y la sucesión), y también *ratione peccati*, porque podía existir incumplimiento de promesa<sup>8</sup>.

## 2. EL FIDEICOMISO CLÁSICO Y EL MODERNO

Parece evidente el paralelismo (o incluso la identidad sustancial) que guarda el *trust* con el fideicomiso. El fideicomiso se ha definido tradicionalmente como el encargo que una persona (fideicomitente), hace a otra (fiduciario), de entregar a una tercera (fideicomisario) determinados bienes o derechos.

El negocio jurídico del fideicomiso es una figura romana tardía. Fue una creación del emperador Augusto. Las *Instituciones* de Justiniano esbozan la historia del fideicomiso con bastante precisión. «Al comienzo, los fideicomisos no tenían fuerza obligatoria. A nadie se le exigía que hiciera contra su voluntad lo que se le había pedido. Si algunos no podían recibir herencias o legados, y se les dejaba como destinatarios, todo se hacía confiándose a la buena voluntad de los que sí podían recibir bienes por testamento; por eso se les llamó fideicomisos, porque los que recibían la petición no quedaban obligados por exigencias del derecho sino sólo por su conciencia. Más tarde, el divino Augusto, movido varias veces por su aprecio a algunas personas, o porque alguien le aseguraba que temía por su vida, o por la enorme malicia de algunos, mandó a los cónsules que obraran con su autoridad en esta materia. Y como esto resultó justo y agradó al pueblo, poco a poco se convirtió en jurisdicción estable; y tuvo tanto éxito que al poco tiempo terminó por crearse un pretor propio con jurisdicción sobre los fideicomisos, al que llamaban fideicomisario»<sup>9</sup>. Ulpiano

<sup>8</sup> La complejidad del sistema jurisdiccional inglés está bien descrito en estas palabras: «For most of the last thousand years, England was home to a multiplicity of courts. The most fundamental distinction lay between royal courts and nonroyal courts. Nonroyal courts included manorial courts (run by lords for tenants on their manors), honorial courts (run by lords for their vassals), ecclesiastical courts (run by the church), and local courts (run by boroughs, hundreds, and counties). Royal courts were divided between common law courts and non-common law courts. The three common law courts were King's Bench, Common Pleas, and Exchequer. The most important royal, non-common law court was Chancery, sometimes known as the court of equity, but there were others, including Star Chamber, Admiralty, and the Court of Requests» (D. KLERMAN, *Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law*, *The University of Chicago Law Review* 74 [2007] 1185-1186).

<sup>9</sup> «Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogeatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia

explicaba brevemente la naturaleza de la institución fiduciaria diciendo que «un fideicomiso es aquello que se entrega, no con fórmulas del derecho civil, sino con forma de súplica, y por tanto no se ejecuta de acuerdo con el rigor del derecho civil, sino que se confía a la buena voluntad del que lo recibe. Las palabras usuales de los fideicomisos suelen ser: *confío a tu buena fe, pido, quiero que se dé* y otras parecidas»<sup>10</sup>. Así pues, el fideicomiso romano quedaba fuera del recinto del derecho civil clásico, y se convertía en un negocio muy abierto: no necesitaba formas solemnes; no estaba unido necesariamente al testamento, sino que podía proceder también *ab intestato*; no tenía un objetivo típico exclusivo (se empleaba para transmitir propiedad pero también para la manumisión de esclavos), y en consecuencia confería al disponente una notable autonomía de contenido<sup>11</sup>. Un conocido romanista explica con el siguiente resumen el proceso de constitución de la figura: «Durante el principado, el fideicomiso fue la institución más dinámica del derecho romano de sucesiones, y quizá del derecho romano en su conjunto. Nació de orígenes modestos; en su camino abandonó unos principios de lo más tradicionales y mantuvo una lucha constante frente al *ius civile* y a los remedios sucesorios establecidos. En un ascenso que duró más de cinco siglos, desde los días de Augusto hasta Justiniano, el fideicomiso llegó a ser finalmente la institución legal predominante. A lo largo de esta historia las instituciones del derecho civil no perdieron su vigor ni decayeron. Se mantuvieron. Pero con el fideicomiso encontraron por primera vez un sistema rival fundado en principios considerablemente distintos, que representaba una alternativa a los modos de actuar “recibidos” acerca de cómo resolver los asuntos de la propiedad y de la muerte»<sup>12</sup>.

---

per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consilibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant» (*Inst. Justiniani*, 2.23.1).

<sup>10</sup> «Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativa relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: *fidei committo, peto, volo dari* et similia» (P. KRUEGER [ed.], *Ulpiani Liber singularis regularum* 25, 1-2, Weidmannos, Berlin 1878, 32).

<sup>11</sup> Cfr. P. VOGLI, «Fedecommissio (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, 104. Puede verse un documentado estudio reciente del derecho romano en torno al fideicomiso en R. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Universidad de Piura, Lima 2012, 37-106.

<sup>12</sup> «During the Principate the trust was the most dynamic institution of the Roman law of succession, perhaps of Roman law as a whole. It rose from modest beginnings; on its way it abandoned the most traditional of principles, and mounted a sustained challenge to the *ius civile* and the

No encontramos grandes diferencias con la doctrina justiniana en la visión de los glosadores, y en el sucesivo derecho medieval académico<sup>13</sup>. Pero lo cierto es que se debe a la literatura jurídica del *ius commune* la locución ya clásica de «sustitución fideicomisaria», aunque ambos vocablos ya se empleaban comúnmente por separado. «La elaboración dogmática de la figura como forma de sustitución hereditaria fue un logro, precisamente, de los autores del *ius commune*»<sup>14</sup>.

El derecho germánico medieval sin embargo conoce un instituto similar al fideicomiso, el *Treuband* («manofiel»). El fiduciante entrega la titularidad de un bien al *Salmann* («hombre de confianza») con el encargo de administrarlo para beneficio de otro o para la obtención de un fin de caridad, de beneficencia, o de otro tipo. El derecho germánico no conocía el testamento, porque no concebía prescindir de la línea sucesoria natural. Ésta fue en realidad una idea muy difundida, no sólo germánica. Dios, y no el hombre, ha creado al heredero, se decía. Pero el paso del tiempo hizo necesario que se estableciesen remedios para los casos de inexistencia de sucesión natural o de adopción en el seno de la familia. El *treuband* adquirió entonces también un carácter de remedio para las transmisiones sucesorias *mortis causa*. Es difícil no percibir gran cantidad de semejanzas entre el *treuband* y el fideicomiso (y el *trust*). De todas formas la figura del *treuband* parece asemejarse más bien al ejecutor testamentario. Lo que en el derecho romano era el *familiae emptor*. El testamento, según hemos visto, no existía como solución civil en el derecho romano clásico. Si a pesar de ello se quería testar, se elegía a una persona de confianza, el *emptor*, que a través de una ficción de compra, se hacía con los derechos de la herencia ateniéndose al compromiso de ejecutar el testamento de acuerdo con el deseo del testador. Progresivamente el *emptor familiae* se convirtió en un mero testigo ritual y no parece que se

---

established successory remedies. In the ascendant for more than five centuries, from the days of Augustus, the trust finally under Justinian became the predominant legal institution. In the course of this history, the civil-law institutions did not wither and drop. They persevered. But in the trust for the first time they faced a rival system based on quite different principles, which represented a radical alternative to “received” ways of going about providing for property and death» (D. JOHNSTON, *The Roman law of trusts*, Oxford University Press-Clarendon Press, Oxford-New York 1988, 286-287).

<sup>13</sup> Sobre la historia canónica y civil medieval, R. ZIMMERMAN, *Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor*, en R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiducia*», cit., 278-286; R. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, *La herencia fideicomisaria*, cit., 107-129.

<sup>14</sup> F. CUENA BOY, *Prólogo*, en R. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, *La herencia fideicomisaria*, cit., 15.

convirtiera en *heres fiduciarius* ni que ejerciese propiamente una sustitución fideicomisaria<sup>15</sup>.

Lo cierto es que el régimen feudal fue inspirando poco a poco la aplicación de la sustitución fideicomisaria como un modo de conseguir que las tierras permaneciesen siempre en el ámbito familiar a través de la institución del mayorazgo (en España) o de instituciones parecidas en Italia y en otras partes del continente<sup>16</sup>. Se trata ya de fideicomisos universales y perpetuos, que en buena medida paralizaron (amortizaron) la posibilidad de que las tierras cambiaran de propietarios.

Por esta razón, a partir del siglo XVIII, tanto la literatura jurídica como la opinión social comenzó a mirar con mucho recelo al fideicomiso, sobre todo este tipo de sustitución fideicomisaria perpetua. «Cuando comenzaron a circular las nuevas ideas del setecientos en materia económica y social, el instituto se convirtió en objeto de ásperas críticas. Se veía en él un obstáculo a la libre circulación de los bienes, a su posibilidad comercial, obstáculo que dañaba la agricultura y la riqueza pública»<sup>17</sup>. Como es sabido, la legislación de los Códigos civiles de fines del XVIII y del XIX suprimió o limitó considerablemente la sustitución fideicomisaria. Es especialmente radical el *Code civil des Français* de 1804, que prohíbe de modo absoluto y anula de pleno derecho la sustitución (art. 896)<sup>18</sup>. En su discurso preliminar al *Code*, comentaba Portalis con gran vigor retórico: «Sin duda se ha hecho bien, para la libertad de circu-

<sup>15</sup> Para todo ello, cfr. R. ZIMMERMAN, *Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor*, en R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 268-275.

<sup>16</sup> Cfr. R. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia. I. Dal diritto romano agli inizi del sec. XVI*, L. Pierro & figlio, Napoli 1914, 155-161; M. CARVALE, «Fedecommesso (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, 112.

<sup>17</sup> M. CARVALE, «Fedecommesso (diritto intermedio)», cit., 113. Muy fuertes también las críticas que Jovellanos hace de los mayorazgos (fideicomisos perpetuos) en España en su informe sobre la ley agraria: «Ciertamente que conceder a un ciudadano el derecho de transmitir su fortuna a una serie infinita de poseedores, abandonar las modificaciones de esta transmisión a su sola voluntad, no sólo con independencia de los sucesores, sino también de las leyes; quitar para siempre a su propiedad la comunicabilidad y la transmisibilidad, que son sus dotes más preciosas; librar la conservación de las familias sobre la dotación de un individuo en cada generación y a costa de la pobreza de todos los demás, y atribuir esta dotación a la casualidad del nacimiento, prescindiendo del mérito y la virtud, son cosas, no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política» (G. M. DE JOVELLANOS, *Informe de la Sociedad económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de la Ley Agraria*, en C. NOCEDAL [ed.], *Obras de don Gaspar Melchor de Jovellanos*, II, M. Ribadeneyra, Madrid 1859, 104).

<sup>18</sup> Cfr. A. DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid 1999, 123-125.



lación de los bienes y para el bien de la agricultura, en proscribir esas sustituciones absurdas que subordinan los intereses del pueblo vivo a los caprichos del pueblo muerto, y mediante las cuales, por la voluntad de la generación que ya no es, la generación que es se encuentra sacrificada a aquella que no es todavía»<sup>19</sup>. Otros códigos civiles siguieron más o menos al francés, no con tanto rigor. En Alemania la sustitución está permitida.

En España, que según Roca Sastre «dio una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador que desencadenó la revolución francesa»<sup>20</sup>, se aceptó el fideicomiso con algunos controles bastante razonables. El art. 781 del Código civil dice así: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»<sup>21</sup>.

### 3. INFLUENCIA CONTINENTAL EN EL TRUST BRITÁNICO

Es difícil no encontrar sintonías entre el *trust* y lo que hemos descrito como fideicomiso clásico. La asimilación de las dos figuras no se discutía hasta finales del siglo XIX. Los grandes tratadistas del *common law* de los siglos XVII y XVIII (Francis Bacon [1561-1626], Geoffrey Gilbert [1674-1726], William Blackstone [1723-1780]) no dudaban en absoluto acerca de la procedencia romana y continental del *use* y del *trust*<sup>22</sup>. Sin embargo, a partir de las apreciaciones del jurista americano Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) en su obra *The Common Law* (1881), la perspectiva comienza a cambiar. Según Holmes, que había recibido formación académica en Alemania (aunque no era en abso-

<sup>19</sup> J. E. M. PORTALIS, *Discurso preliminar al código civil francés* (I. CREMADES – L. GUTIÉRREZ-MASSON [eds.]), Civitas, Madrid 1997, 106.

<sup>20</sup> R. M. ROCA SASTRE, *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil*, Madrid 1956, 605 (cit. por A. DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, cit., 58).

<sup>21</sup> Se ha dicho que este texto «comete la impropiedad de hablar de *encargo* cuando se trata de un gravamen impuesto al fiduciario de modo absoluto, y también emplea inexactamente la expresión *transmitir*, porque el fiduciario no transmite los bienes al fideicomisario, sino que es la misma ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero, quedando al primero (a sus sucesores) un deber de entregar materialmente bienes que pertenecen ya a otra persona, al menos en la mayor parte de los casos» (J. L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil*, V, Dykinson, Madrid 2004, 270).

<sup>22</sup> Cfr. R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Views of Trust and «Treuhand»: An introduction*, en R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), *«Itinera Fiduciae»*, cit., 31-32.

luto partidario de la dogmática jurídica alemana), el *trust* del *common law* tiene su origen en el *Salman* germánico. «El *feoffee to uses* de la temprana ley inglesa corresponde punto por punto al *Salman* de la ley germánica temprana, como ya describió Beseler hace cincuenta años. El *Salman*, como el *feoffee*, era una persona a la que era transferida la tierra con la finalidad de que pudiese hacer una transmisión de acuerdo con las orientaciones del que le hace la cesión»<sup>23</sup>.

Pero será sobre todo la toma de posición de Frederic William Maitland, un autor de poderosísima influencia en el ámbito del derecho anglosajón, la que va a cambiar la perspectiva general sobre la procedencia del *use* y del *trust*, como una figura de orígenes germánicos, o exclusivamente británica, pero en cualquier caso no procedente del derecho romano. «Me he persuadido desde hace tiempo de que todo intento por descubrir el origen de nuestro *use* en el derecho romano es inútil, y he decidido conducir la búsqueda en otra dirección»<sup>24</sup>. Maitland se remite específicamente como fuente de su giro conceptual al ensayo de Holmes arriba citado. Desde entonces esta opinión se hizo común en la literatura jurídica.

No parece necesario negar todo crédito al influjo del *treuhand*<sup>25</sup>. Pero en los últimos decenios, aunque la opinión anterior continúa asumida en estudios de envergadura<sup>26</sup>, las cosas han cambiado. El análisis de ese cambio se podrá encontrar en los epígrafes sucesivos. Basta decir ahora que los autores (Helm-

<sup>23</sup> «The feoffee to uses of the early English law corresponds point by point to the Salman of the early German law, as described by Beseler fifty years ago [G. BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen 1835, I, § 16, 271, 277 ss., 283]. The Salman, like the feoffee, was a person to whom land was transferred in order that he might make a conveyance according to his grantor's directions» (O. W. HOLMES, *Early English Equity*, en ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS [ed.], *Select essays in Anglo-American legal history*, II, Little, Brown and Company, Boston 1908, 707). El artículo había sido publicado anteriormente en *Law Quarterly Review* de 1885. «It may be conceded that the feoffee to uses, down to the beginning of the fifteenth century, was the German Salman or Treuhand under another name» (J. BARR AMES, *The origin of uses and trusts*, en ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS [ed.], *Select essays in Anglo-American legal history*, II, cit., 740).

<sup>24</sup> «I have long been persuaded that every attempt to discover the genesis of our *use* in Roman law breaks down, and I have been led to look for it in another direction» (F. W. MAITLAND, *The origin of Uses*, *Harvard Law Review* 8 (1894) 127).

<sup>25</sup> Cfr. S. HERMAN, *The Canonical Conception of the Trust*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itimera Fiducia*», cit., 92-98; K. O. SCHERNER, *Formen der Treuhand im alten deutschen Recht*, en IDEM, 237-266.

<sup>26</sup> Cfr., por ejemplo, J. M. W. BEAN, *The decline of English feudalism: 1215-1540*, Univ. Press, Manchester; Barnes & Noble, New York 1968, 126-147; S. W. DEVINE, *The Franciscan friars, the feoffment to uses, and canonical theories of property enjoyment before 1535*, *The Journal of Legal History* 10 (1989) 1-22.

holz, Zimmermann, Herman, Biancalana, Ferrante, Martínez-Torrón y muchos otros) manifiestan que, aunque no haya una evidencia experimental de la influencia del *ius commune* o del *civil law* continental sobre el *trust* británico, ni se pueda pensar en un trasplante legal de todo un sistema jurídico<sup>27</sup>, es imposible negar esa influencia. Muchas veces se trata de una influencia mediada por el derecho canónico, que se hace indiscutiblemente presente, como veremos, a través de la *Court of Chancery*. Y una influencia que se constata también en el frecuente uso de literatura romana y canónica de los autores británicos para dar a conocer las reglas aplicables a los *trusts* y a los *trust-like devices*<sup>28</sup>.

De cualquier forma no resulta fácil en la práctica académica explicar la conexión natural entre los dos mundos (continental y británico). La ciencia del *common law* y la ciencia del continente han asumido ya inconscientemente tantos prejuicios mutuos que se hace bastante difícil la explicación objetiva de las cosas. Ni unos admiten con facilidad (como veremos) la influencia continental en el *trust*, ni los otros aceptan tampoco (como veremos también) que el *trust* sea una figura válida para el uso civil continental<sup>29</sup>. Poco a poco, desde luego, se va haciendo la luz.

#### 4. LOS *ESTATES IN LAND* EN LA INGLATERRA MEDIEVAL

Para entender el *use* y el *trust* es necesario hacerse cargo de los títulos sobre la tierra (*estates in land*) que existían en la Inglaterra feudal a partir de la conquista, a finales del siglo XI. La tierra pertenecía en último término al rey como señor primario (*allodial title* o *allodial right*). Era el rey el que concedía los feudos a sus caballeros, que a su vez se comprometían en virtud de la lealtad a ayudar al rey. Era una alianza, un *foedus*. En un primer momento la obtención de la tierra no llevaba consigo propiedad en sentido estricto, ni tampoco en consecuencia carácter hereditario<sup>30</sup>. Pero muy pronto todos aquellos

<sup>27</sup> Cfr. R. HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, en «*Itinera Fiducia*», cit., 167-169; M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008, 138-141.

<sup>28</sup> Cfr. *ibid.*, 169-171; R. H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement of Uses*, *Columbia Law Review* 79 (1979) 1503-1513.

<sup>29</sup> Para explicar la suspicacia mutua entre los estudiosos del *civil law* y el *common law*, y las dificultades para entender la realidad de los *trusts*, cfr. M. LUPOI, *The civil Law Trust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 32 (1999) 976-979.

<sup>30</sup> Ésa es la opinión bien fundamentada de S. E. THORNE, *English Feudalism and Estates in Land*, *Cambridge Law Journal* 17 (1959) 193-209.

señores que recibían la tierra directamente del rey (*tenants in capite*) comenzaron a ser asimilados a los propietarios, y en consecuencia comenzaron también a transmitir la tierra en herencia. Podían emplear la tierra como dueños, darla en herencia y arrendarla para usos agrícolas (*socage*). Poco a poco los *estates in land*, los títulos de interés sobre la tierra, se fueron consolidando según las categorías de *freehold estates* y *leasehold estates*.

En los *freehold estates* existía posesión de la tierra con muchas de las condiciones de la propiedad. Si el *freehold* se recibía en *fee simple* (enfeudación incondicional), el feudatario gozaba de todas las condiciones del dueño, aunque no lo fuese, porque la Corona continuaba manteniendo el dominio último. Si el *freehold* se recibía en *fee tail* (enfeudación condicionada), el feudatario tenía siempre determinada reducción de derechos. Los derechos afectados tenían que ver de ordinario con la transmisión de la propiedad: la tierra no podía transmitirse más que a los herederos de sangre directos (*heirs of his body*)<sup>31</sup>. Otro de los modos originarios del *fee tail* fue el *maritagium*, la donación de tierra hecha al novio por parte del padre de la novia, como regalo de boda, con la condición que sólo la heredaran los hijos de la mujer<sup>32</sup>.

A su vez, los *freehold tenants* podían ceder la tierra, y eso daba lugar a los *leasehold estates*, como una especie de subinfeudación. La tierra cedida daba derecho de posesión y de uso al que la recibía, y la obligación de la renta al señor. Los modos de cesión eran muy distintos (por tiempo definido o indefinido, a libre decisión del señor, con renovaciones periódicas, bajo condición).

Todo este complejo régimen llevaba consigo también algunas cargas fiscales. En concreto, cuando moría alguno de los *tenants in capite* del rey (caba-

<sup>31</sup> «Suppose A granted land in fee tail to B, his grant could take the form “to B and the heirs of his body, but if B should die without an heir of his body the land shall revert to A” or his grant could take the form “to B and the heirs of his body, but if B should die without an heir of his body the land shall remain to C”. Grants in these forms were known as conditional gifts in the thirteenth century because of the explicit condition on the reversion or remainder» (J. BIANCALANA, *The Fee Tail and the Common Recovery in Medieval England, 1176-1502*, Cambridge University Press, 2003, 6).

<sup>32</sup> «[...] the history of fee tails before *De Donis* [1285] is involved in the history of *maritagium*. *Maritagium* was a grant of land made by a woman’s relative, usually her father, nominally to her husband with her upon or because of her marriage. A grant in *maritagium* served three social functions. As a grant made because of the woman, *maritagium*, in a society of male primogeniture, served as the woman’s inheritance, inheritable only by her children. As a grant on marriage, *maritagium* served as material support for the new conjugal unit including the children, if any, of the marriage. As a grant to the groom, *maritagium* served as the material basis for an alliance between the families of bride and groom» (J. BIANCALANA, *The Fee Tail and the Common Recovery in Medieval England, 1176-1502*, cit., 7).

llos nombrados por el rey y sometidos directamente al rey), el heredero estaba obligado a pagar la llamada «primera toma de posesión» (*primer seisin*)<sup>33</sup>. Eso suponía la renta total que dieran sus tierras durante un año, si estaban en posesión inmediata del heredero; y las rentas de medio año si las tierras estaban en expectativa de reversión<sup>34</sup>. Otros señores menores (*mesne lords*), que también tenían vasallos, pero que estaban ellos mismos sometidos como vasallos a un señor más alto, no estaban obligados al *primer seisin*, aunque estaban también obligados a pagar diversas tasas (*reliefs*) a sus señores. Algunas de las maniobras jurídicas que concurren en la aparición del *use* y posteriormente del *trust* nacieron precisamente para eludir estas exigencias fiscales.

En realidad no eran solamente exigencias fiscales. El peso del poder señorial se hacía a veces insoportable en los casos de tutela (*wardship*) y matrimonio. Si algún *tenant* fallecía, el señor accedía a la tutela de los hijos menores de su vasallo (varones menores de 21 años y mujeres menores de 16). Durante el tiempo de la custodia disponía de la tierra sin tener que dar cuenta a nadie de las rentas. «Entre las varias dificultades que se hicieron sentir con la adopción de las leyes feudales, la tutela (*wardship*) fue la más grave y la que suscitó mayores quejas: el objeto de algunos de los primeros capítulos de la *Magna Charta* fue precisamente regular la conducta de los señores a este respecto, y refrenarlos para que no gastaran y destruyeran las propiedades de sus tutelados»<sup>35</sup>. No era mucho menor el problema de los matrimonios. Los señores habían obtenido también el derecho a que no contrajeran matrimonio sin su consentimiento las mujeres de su familia (hijas propias y en tutela) y los varones tutelados. La concertación de matrimonios terminó siendo para los señores un auténtico negocio. En un orden distinto, hay que hacer constar también las

<sup>33</sup> «Primer seisin was a feudal burden, only incident to the king's tenants *in capite*, and not to those who held of inferior or mesne lords. It was a right which the king had, when any of his tenants *in capite* died, seized of a knight's fee, to receive of the heir, provided he were of full age, one whole year's profits of the lands, if they were in immediate possession, and half a year's profits, if the lands were in reversion expectant on an estate for life» (D. K. SANDFORD – T. THOMSON – A. CUNNINGHAM, «Tenures», en *Popular Encyclopedia*, VI, Blackie & Son, Glasgow 1841, 564).

<sup>34</sup> Para el *estate in land* de *Reversion*, es decir, del regreso de la tierra al donante originario *post donum finitum*, cfr. W. CRUISE, *A Digest of the Laws of England respecting Real Property*, II, A. Strahan, London 1818, 440-478.

<sup>35</sup> «Of the various hardships which arose from the adoption of the feudal law, wardship was the greatest, and of which there was most complaint: for the object of some of the first chapters of *Magna Charta* was, to regulate the conduct of the lords in this respect, and to restrain them from wasting and destroying the estates of their wards» (W. CRUISE, *A Digest of the Laws of England respecting Real Property*, I, J. Butterworth & Son, London 1824, 32).

fuertes multas y confiscaciones de tierras cuando el *tenant* llevaba a cabo alguna enajenación o incurría en traición al señor.

##### 5. EL *STATUTE OF MORTMAIN* Y EL NACIMIENTO DEL *USE*

La Iglesia estaba presente en el proceso de reparto de tierras. Había recibido en el alto medievo una gran cantidad de legados piadosos. El modo de la recepción era el *frankalmoin* (o *frankalmoign*). Procede del normando *fraunch aumoyne*, es decir, limosna libre o plenamente voluntaria. Era una donación que procuraba un título de posesión incondicional sobre la tierra. «Antes de la llegada del Conquistador [Guillermo, 1066-1087] y sus abogados feudales, gran cantidad de tierra había sido adquirida para ser mantenida a través del modo espiritual de posesión llamado *frankalmoign*, un título que obligaba a los poseedores a lo que se llamaba *trinoda necessitas* (o triple obligación) de reparar los caminos, construir las fortalezas y repeler las invasiones, pero sin ninguna otra obligación que rezar por las almas del donante y sus herederos, muertos o vivos»<sup>36</sup>. Las donaciones hechas por *frankalmoin* «se dirigían *primo et principaliter* a Dios, y solamente *secundario* a los canónigos, monjes o clérigos»<sup>37</sup>.

En virtud de la donación por *frankalmoin*, la Iglesia sorteaba las exigencias habituales para el reparto de la tierra. Dicho de otro modo, la tierra quedaba en una situación de propiedad o posesión permanente e inmóvil, que se llamaba de manos muertas (*mortmain*). Quien se convertía en propietario de la tierra no era una persona singular, es decir, un *homme vivant, mourant et confiscant*<sup>38</sup> (un sujeto que vive, muere y tiene responsabilidad penal), sino una corporación. En consecuencia, no había posibilidad de que el rey pudiera hacerse con las tasas que gravaban sobre las tierras en los casos de transmisión hereditaria o de otro tipo de negocios de transmisión. Las tierras quedaban al

<sup>36</sup> «Before the coming of the Conqueror and his feudal lawyers much land in England had been acquired to be held by the spiritual tenure of *frankalmoign*, a tenure subjecting the holders to what was termed the *trinoda necessitas* (for threefold obligation) of repairing highways, building castles, and repelling invasions, but otherwise to no service other than praying for the souls of the donor and his heirs, dead or alive [...]. To such pious foundations already established none of the *mortmain* legislation applied» (Ch. SLOANE, «*Mortmain*», en Ch. G. HERBERMANN et al. [eds.], *The Catholic Encyclopedia*, vol. X, New York 1913, 580).

<sup>37</sup> F. POLLOCK – F. W. MAITLAND, *History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, The University Press, Cambridge 1898, 258.

<sup>38</sup> Sobre la cláusula puede verse por ejemplo M. GUYOT (ed.), «*Homme vivant, mourant et confiscant*», en *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, vol. XXIX, Paris 1779, 376-378.

abrigo de cualquier cambio de dueño y de cualquier gravamen fiscal. Los litigios que surgieran acerca de la posesión de las tierras transmitidas por *frankalmoin* quedaban sometidos además a la jurisdicción eclesiástica.

La situación ventajosa de los territorios eclesiásticos (como también de otras tierras que pertenecían a pueblos y comunidades vecinales) suscitó lógicamente la susceptibilidad de la nobleza y sobre todo de la monarquía inglesa. La primera ley que impedía el *mortmain* fue la Magna Carta (*Great Charter of King John*) de 1215, aunque la eficacia anti mortuoria fue pequeñísima. Sí que fueron más eficaces los llamados *Statutes of Mortmain*, dos decretos de Eduardo I en 1279 y 1290<sup>39</sup>. En dichos *Statutes* se impedía que la Iglesia, y la gente de Iglesia, entablara relaciones comerciales para hacerse con territorios, o que recibiera territorios en *frankalmoin*. Uno de los resultados de estas leyes desamortizadoras fue precisamente el nacimiento del *use*, como un medio de remediar la prohibición de transmisión de propiedad a la Iglesia, sorteando la prohibición del *mortmain*.

Veamos brevemente el camino que se siguió para ello. Desde mediados del siglo XIV se había hecho frecuente que en las investiduras de feudos los señores concedieran tan sólo amplios derechos de uso (*feoffment in use*). «Un señor creaba un *use* a través de la cesión de tierra a un grupo de personas para que poseyeran la tierra con un propósito distinto, o añadido, a su propio beneficio. El terrateniente que hacía la transmisión se llamaba *feoffor*; los que la recibían se llamaban *feoffees to use* o simplemente *feoffees*; el beneficiario se llamaba *cestui que use* [*cestui a que use le feoffment fuit fait*]. Los *uses* tenían dos características definitorias. Primera, se decía que los *feoffees* tenían la plena posesión (*freehold*). Esta característica diferenciaba a un *feoffee* de un administrador (*bailiff*) o de un arrendatario por tiempo determinado (*lessee*). Distinguía también los *uses* de otros acuerdos similares del siglo trece. Segunda, los *uses* tenían que ver primariamente con la tierra como opuesta a los bienes muebles (*chattels*). Esta característica distinguía los *uses* de otras relaciones de mandato o de confianza reconocidas en el *common law* como el comodato (*bailment*) o la quiebra (*receivership*)»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Aunque como se sabe la desamortización completa del patrimonio eclesiástico, y la revolución del panorama de los *estates in land*, llegó con *The Statute of uses* de Enrique VIII en 1536.

<sup>40</sup> «A landholder created a use by conveying land to a group of persons to hold the land for a purpose other than, or in addition to, their own benefit. The landholder making the conveyance was called the feoffor; the recipients were called feoffees to uses or simply feoffees; the beneficiary was called *cestui que uses*. Uses had two defining features. First, the feoffees were said to have the

Como se ha dicho con precisión, «la esencia del *use* era separar el título legal sobre la tierra de su disfrute beneficial. Supuestas las prohibiciones del *common law*, como por ejemplo la norma contra los legados de tierra, que sólo se aplicaba a los títulos legales de posesión [*estates*], el *use* capacitó a los propietarios para comportarse respecto a la tierra como si fuera suya y evitar a la vez las restricciones y sanciones que iban unidos al título legal. Así podían sortear el decomiso por traición, los procedimientos feudales de la tutela de menores y del matrimonio, las demandas de los acreedores y el *Statute of Mortmain*. Era frecuente hacer la transmisión a varios *feoffees* en común para protegerse de que las restricciones legales fueran aplicadas a cada uno de ellos individualmente, y además podían nombrarse nuevos *feoffees* conforme pasaba el tiempo. El *Statute of Uses* [...] (1536) se promulgó precisamente para poner fin a estos fraudes del *common law*. La capacidad para legar tierra fue rápidamente restaurada por la presión de los terratenientes en el *Statute of Wills* [...] (1540)»<sup>41</sup>.

## 6. INFLUENCIA ECLESIAÍSTICA EN LA EXPANSIÓN DEL *USE*

Habrà que decir que existían especies muy diversas de *use*. Sería un error entender los *uses* como un simple recurso eclesiástico para eludir la legislación contra las manos muertas. «Los usos medievales pueden dividirse en dos grandes grupos, los que transmiten tierra de una generación a otra, y los que no lo hacen. Los del segundo grupo se creaban para asegurarse frente a deudas u otras obligaciones, para esquivar a los acreedores, para evitar litigios, y para

---

freehold. This feature also distinguished uses from similar arrangements in the 13th century. Second, uses pertained primarily to land as opposed to chattels. This feature distinguished uses from various agency or trust relationships recognized by the common law as bailments or receiverships» (J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN [eds.], «*Itinera Fiducia*», cit., 111).

<sup>41</sup> «The essence of the “use” was the separation of legal title to land from its beneficial enjoyment. Since the common law prohibitions, like the rule against devises of land, applied only to the legal estates, the “use” enabled landowners to treat the land as their own but to avoid the restrictions and penalties associated with legal title. Thus forfeiture for treason, the feudal incidents of wardship and marriage, the demands of creditors, and the Statute of Mortmain could all be avoided. It was common to convey to several feoffees jointly to protect against the legal restrictions being applied to any of them individually, and additional feoffees could be named as time went on. The Statute of Uses [...] (1536), was passed specifically to put an end to these evasions of the common law. The ability to devise lands was quickly restored, because of pressure from the land-owning classes, in the Statute of Wills [...] (1540)» (R. H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement of Uses*, *Columbia Law Review* 79 [1979] 1503).



sortear el *Statute of Mortmain*»<sup>42</sup>. Una visión menos peyorativa de los usos del segundo grupo permitiría añadir por ejemplo (según la clasificación de Neil Jones) las categorías de protección para personas vulnerables, obras de caridad, defensa de los sometidos a persecución y ayuda para mujeres casadas<sup>43</sup>. Si consideramos los excesos propios del señorío feudal no puede extrañar por otra parte que los afectados buscasen también estrategias de evasión.

Es indudable que los *uses* más frecuentes fueron los intergeneracionales. Pero tal vez los primeros *uses* fueron eclesiásticos. Se ha hablado mucho de la posibilidad de que el primer modelo de *use*, o al menos su primer «presagio»<sup>44</sup> fuera la actividad en Inglaterra de los franciscanos<sup>45</sup>. Los primeros franciscanos llegaron a la isla en 1224, recién promulgada la *Regola bollata* (Bula *Solet annuere*, de Honorio III, 1223), todavía en vida de San Francisco. En ella se podía leer que «los hermanos no se apropien de nada, ni casa, ni lugar, ni ninguna otra cosa»<sup>46</sup>. En la polémica sobre la pobreza se hizo necesario distinguir

<sup>42</sup> «Medieval uses can be divided into two great classes, those which transmitted land from one generation to the next and those which did not. Uses of the latter class were created to secure debts or other obligations, to avoid creditors, to evade litigation, and to circumvent the Statute of Mortmain» (J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN [eds.], «*Itinera Fiduciae*», cit., 112).

<sup>43</sup> Cfr. N. JONES, *Trusts in England after the Statute of Uses: A View from the 16th. Century*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera fiduciae*», cit., 183-189. Aunque la clasificación de Jones se refiere a un momento posterior, las categorías que emplea son aplicables *mutatis mutandis* al bajo medievo.

<sup>44</sup> J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 113.

<sup>45</sup> Sobre la condición del *use* de los franciscanos y sus parecidos y diferencias con los *uses* intergeneracionales, cfr. por ejemplo: S. W. DEVINE, *The Franciscan friars, the feoffment to uses, and canonical theories of property enjoyment before 1535*, *The Journal of Legal History* 10 (1989) 1-22; T. ZARTALOUDIS, *The trust: the invention of the uses and the Franciscan influence in England*, *Divus Thomas* 115 (2012) 167-228; S. HERMAN, *The Canonical Conception of the Trust*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 92-95. Es interesante notar que la intervención franciscana en el *use* es advertida ya por la clásica obra de F. POLLOCK – F. W. MAITLAND, *History of English Law before the Time of Edward I*, vol. II, cit., 241-242, 249-251; se puede comprobar también en las siguientes palabras de un escrito anterior de Maitland: «Already when Bracton was writing, a considerable number of plots of land in London had been thus conveyed to the city for the benefit of the Franciscans. The corporation was becoming a trustee. It is an old doctrine that the inventors of “the use” were “the clergy” or “the monks”. We should be nearer the truth if we said that to all seeming the first persons who in England employed “the use” on a large scale were, not the clergy, nor the monks, but the friars of St. Francis» (F. W. MAITLAND, *The origin of Uses*, cit., 130).

<sup>46</sup> «I frati non si appropriino di nulla, né casa, né luogo, né alcuna altra cosa» (*Regola bollata*, cap. VI). La cuestión de la pobreza ha sido muy estudiada. Nos hemos ocupado de ella incidentalmente en J. OTADUY, *Positivismos ingenuos. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de ley canónica* (21.1.2012), *Ius Canonicum* 54, 107 (2014) 23-44. Cfr. también, desde el punto de vista jurídico de la propiedad y el uso, G. TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà nel frances-*

entre la propiedad y el uso. Cada uno de los hermanos, y la Orden en su conjunto, tenían prohibido ser propietarios de los bienes; podían usar los bienes necesarios para vivir y para ejercitar su labor. Se trataba en definitiva de una posesión *ad opus* o *ad usum*; llevada incluso al nivel más bajo del uso, no simplemente el *usus simplex*, sino el *usus pauper*.

Así pues, había un doble problema: los franciscanos no podían ser propietarios, y la ley impedía que la Iglesia adquiriera tierras. «Fue la concesión del uso [*feoffment to uses*] lo que ofreció una solución. Se convirtió en el medio por el que las donaciones para los franciscanos pudieran satisfacer tanto la letra del estatuto de Mortmain como los requisitos de la pobreza apostólica. Se encontraron *trustees*, y la tierra destinada a sostener a los franciscanos se transmitió primero a estos fiduciarios para que la mantuvieran para uso de los hermanos. Por ejemplo el ayuntamiento de la ciudad de Londres actuó como un *trustee* de este tipo, recibiendo tierra para mantenerla en beneficio de los hermanos que vivían dentro de los muros de la ciudad»<sup>47</sup>.

Otra de las conexiones indudables entre el *use* y la práctica canónica fue la dimensión jurisdiccional o procesal. Los tribunales ordinarios de *common law* apenas atendían los derechos de los beneficiarios de un *trust*. Hasta mediados del siglo XV la *Court of Chancery* (tribunales de equidad, directamente dependientes del rey) no comenzó a hacerse cargo de litigios que el *common law* no conocía. Entre las causas que comenzaron a decidirse con soluciones equitativas descollaban desde luego los *uses*, pero había otros muchos asuntos jurídicos que exigían equidad, o que no podían resolverse con las reglas comunes. Cuestiones acerca del amparo de los pobres, de los derechos de mujeres, menores, débiles y enfermos mentales, de fraude, de accidente, de igno-

---

*canesimo prima di Ockham*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova» 3 (1964) 338-448; P. GROSSI, «*Usus facti*». *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, «Quaderni fiorentini» 1 (1972) 287-355. Sobre el conjunto de la cuestión, cfr I. VÁZQUEZ JANEIRO, *Conciencia eclesial e interpretación de la Regla franciscana*, Romae 1983, 15-116, especialmente 15-37; R. LAMBERTINI, *Apologia e crescita dell'identità francescana (1255-1279)*, Roma 1990; A. TABARRONI, *Paupertas Christi et apostolorum. L'ideale francescano in discussione (1322-1324)*, Roma 1990; V. MÄKINEN, *Property Rights in Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*, Leuven 2001.

<sup>47</sup> «It was the feoffment to uses that provided an answer. It became the means by which the benefactions for the Franciscans could be reconciled with both the letter of the Statute of Mortmain and the requirements of apostolic poverty. Trustees were found, and land meant to sustain the Franciscans was conveyed first to these fiduciaries to be held to the use of the friars. For instance the corporation of the city of London became such a trustee, receiving land to be held for the benefit of those friars who lived within the city walls» (R. HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, en «*Itinera Fiducia*», cit., 156-157).

rancia y error, de particiones equitativas. Y junto a esto, todas las impugnaciones contra los pronunciamientos de los tribunales de *common law*<sup>48</sup>. Aunque la Cancillería era un tribunal real, tanto el *Chancellor*<sup>49</sup> como todos los *Masters of Chancery*<sup>50</sup> eran clérigos. Esto, desde luego, no significaba que el tribunal fuera eclesiástico, pero era un indudable reflejo de que, al menos durante el siglo anterior, los únicos tribunales que habían resuelto cuestiones de equidad habían sido los tribunales eclesiásticos<sup>51</sup>.

No se puede olvidar que durante la edad media, como en la mayor parte de los países cristianos, «la Iglesia inglesa ejerció una jurisdicción sobre muchas materias, que afectaban tanto a los laicos como a los clérigos. Entre otras cosas, los tribunales eclesiásticos tenían la casi exclusiva competencia sobre las causas matrimoniales, las materias testamentarias que tenían que ver con la propiedad personal y la violación de los juramentos»<sup>52</sup>. Las promesas y las obligaciones que mediaban entre *feoffors* y *feoffees*, y entre *feoffees* y *cestui que use*, eran materia sobre la que los tribunales eclesiásticos se consideraban por completo competentes. «Los investigadores parecen generalmente estar de acuerdo en que tanto los *uses* como los *trusts* tenían raíces en la jurisdicción eclesiástica. En este punto los académicos parecen acertar: los clérigos, especialmente los que tenían su oficio en los tribunales eclesiásticos medievales, eran expertos en materias de fe cruciales para los *trusts* y los *uses*. Un *feoffee to uses* hacía un juramento para aceptar los deberes que le imponía el *feoffor*. Los *trustees* cancelaban los deberes fiduciarios impuestos por

<sup>48</sup> Cfr. W. L. CARNE, *A Sketch of the History of the High Court of Chancery from the Chancellorship of Wolsey to that of Lord Nottingham*, Virginia Law Register 13 (1927-28), 599-620.

<sup>49</sup> «The position of the medieval Chancellor rendered it particularly fitting that such matters of grace affecting the King's conscience, as *parens patriae*, should be referred to him. In the first place, he was almost always an ecclesiastic and usually one of high rank, e. g., an archbishop or cardinal. Hence it was considered that he had a knowledge of an insight into matters of right and conscience which the more or less rude and unlearned laymen who made up the *curia regis* could not be expected to possess. As a cleric too he was largely free from secular control and this greatly augmented his influence and prestige» (W. L. CARNE, *A Sketch of the History of the High Court of Chancery*, cit., 400).

<sup>50</sup> Cfr. *ibid.*, 415-416.

<sup>51</sup> Cfr. R. HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, en «*Itinera Fiducia*», cit., 153-172.

<sup>52</sup> «During the Middle Ages, the English Church exercised a considerable subject matter jurisdiction over both the laity and the clergy. Among other things the ecclesiastical courts had virtually exclusive competence over matrimonial causes, testamentary matters concerned with personal property, and the violation of oaths» (R. HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts*, cit., 154).

los *settlers*»<sup>53</sup>. Según Herman, el autor de la última cita, eso no era más que una mínima parte de la sintonía que puede descubrirse entre el *use* y la tradición canónica o la praxis eclesial. Pero es un aspecto que no debe ser ignorado.

## 7. CONVIVENCIA DEL DERECHO CANÓNICO CON LA *EQUITY* Y EL *COMMON LAW*

Llamamos *common law* al sistema jurídico creado en Gran Bretaña a partir de la invasión normanda. Este sistema absorbió, más que destruyó, las instituciones existentes en Gran Bretaña hasta entonces. Desde el punto de vista institucional el *common law* supuso la creación de un sistema de justicia centralizado y dependiente de la corona, constituido en última instancia por dos grandes tribunales (*Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas*). Al comienzo era el rey el que impartía la justicia en sus desplazamientos por el reino. Poco a poco fueron sólo sus jueces los que se trasladaban a través del territorio para hacer sus pronunciamientos. Una justicia itinerante. Y en efecto, el crecimiento del *common law* fue «inorgánico, espontáneo, al hilo de las decisiones judiciales»<sup>54</sup>. La inorganicidad del crecimiento tuvo sin embargo sus pasos y su historia. Con el largo reinado de Enrique II Plantagenet (1154-1189) quedaron consolidados los rasgos más característicos del sistema, que recibieron afianzamiento constitucional en la Magna Carta de 1215. «El *common law* inglés ha sido históricamente llamado así porque era común para las personas libres de Inglaterra, quienes cayeron bajo la jurisdicción directa de las cortes reales centrales. Este significado marcó el contraste entre el *common law* y varias costumbres locales»<sup>55</sup>. Sólo en una fase más tardía el *common law* se caracterizó como aquel derecho en contraste con el derecho legal, «el primero creado por los jueces, y el segundo, por los legisladores; y es éste precisamente el

<sup>53</sup> «Researchers seem generally to agree that both *uses* and trusts had roots in church jurisdiction. On this point, the scholars seem right: churchmen, especially those assigned to medieval church courts, were expert in matters of faith crucial for trusts and *uses*. A *feoffee to uses* took an oath to carry out duties imposed by a *feoffor*. Trustees discharged fiduciary duties dictated by *settlers*» (S. HERMAN, «*Utilitas Ecclesiae*»: *The Canonical Conception of the Trust*, *Tulane Law Review* 70 [1996] 2240).

<sup>54</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Civitas, Madrid 1991, 29.

<sup>55</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (trad. M. J. HIGUERAS), Palestra ediciones, Lima 2011, 48.

significado moderno»<sup>56</sup>. Los tribunales reales fueron «progresiva e implacablemente»<sup>57</sup> desbancando a las jurisdicciones locales.

El tribunal de equidad por excelencia fue también real, la *Court of Chancery*. Los tribunales de equidad nacieron como una alternativa al *common law*, que resultaba un sistema rígido por varias razones. No existía más alternativa doctrinal que el precedente. No había más pruebas que las que el jurado fuera capaz de descubrir. El acusado no podía defenderse directamente. El objeto de los juicios era con mucha frecuencia *the land law*, con los esquemas propios del país más feudal de occidente. Todo eso permitió que se abriera la grieta de la equidad, de modo que fuera posible rectificar algunas aberraciones de la justicia común. «No creo que en el siglo catorce los *Chancellors* considerasen que tenían que aplicar un cuerpo de reglas sustantivas que difiriese del derecho ordinario sobre la tierra. Estaban simplemente aplicando la ley, pero aplicándola en casos que escapaban de las redes de los tribunales ordinarios. Las demandas que se presentaban ante ellos eran reclamaciones por verdaderos delitos: asaltos, agresiones, encarcelamientos, expulsiones de la propia tierra y cosas parecidas; delitos que los tribunales ordinarios conocían, delitos que debían corregir. Pero por una u otra razón esas infracciones no siempre se rectificaban en los tribunales. En este periodo, una de las razones más frecuentes que los demandantes daban para recurrir al tribunal de la Cancillería es que ellos eran pobres, y sus adversarios ricos e influyentes. Demasiado ricos, demasiado influyentes para confiarlos a los burdos procesos de los viejos tribunales y de los veredictos de los jurados»<sup>58</sup>.

Se hizo popular un refrán jurídico que decía: «These three give place in court of conscience/Fraud, accident, and breach of confidence». El tribunal de la Cancillería se entendía como un tribunal de conciencia donde cabían determinados fraudes y accidentes involuntarios que no eran fácilmente demos-

<sup>56</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>57</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano*, cit., 31.

<sup>58</sup> «I do not think that in the fourteenth century the Chancellors considered that they had to administer any body of substantive rules that differed from the ordinary law of the land. They were administering the law but they were administering it in cases which escaped the meshes of the ordinary courts. The complaints that come before them are in general complaints of indubitable legal wrongs, assaults, batteries, imprisonments, disseisins and so forth –wrongs of which the ordinary courts take cognizance, wrongs which they ought to redress. But then owing to one thing and another such wrongs are not always redressed by courts of law. In this period one of the commonest of all the reasons that complainants will give for coming to the Chancery is that they are poor while their adversaries are rich and influential –too rich, too influential to be left to the clumsy processes of the old courts and the verdicts of juries» (F. W. MAITLAND, *Equity*, cit., 6).

trables en los tribunales comunes, y también las rupturas de la confianza, las relaciones *in trust*. «Un sistema legal que no obliga nunca, ni siquiera permite, que el acusado ofrezca pruebas, un sistema que deja en manos de un jurado toda cuestión de hecho, no es competente para tratar adecuadamente las relaciones fiduciales. Por otra parte el *Chancellor* tenía un procedimiento que estaba muy bien adaptado a este fin. A esto hay que añadir que muy probablemente los tribunales eclesiásticos (y recordemos que el *Chancellor* era casi siempre un eclesiástico) habían castigado durante mucho tiempo con censuras de carácter espiritual las violaciones de las relaciones de confianza, a través de penitencias y excomuniones. Así pues, podríamos decir que por consentimiento general, se permitió que el *Chancellor* ejecutara los *uses*, *trusts* o *confidences*. De este modo cayó dentro de su competencia un amplio campo de derecho sustantivo, un campo muy rentable, porque a lo largo del siglo quince los *uses* se convirtieron en extraordinariamente populares»<sup>59</sup>.

Además de los tribunales de *common law* y los tribunales de equidad estaban los tribunales eclesiásticos. No se puede decir que la línea que marcó Guillermo I el Conquistador entre la jurisdicción real y la canónica, inmediatamente después de hacerse con el reino, quedase muy definida<sup>60</sup>. Los tribunales de la Iglesia tenían competencia obviamente sobre las cuestiones propiamente canónicas. Pero no existía una completa separación de materias, o si se prefiere, existía una amplia modalidad de materias mixtas. En primer lugar, la Iglesia tenía competencia sobre el matrimonio y sobre todos los pleitos testamentarios y sucesorios. Conocía también de otras causas, que Stubbs llama *temporales*, aunque en realidad se referían a pagos de diezmos y tasas eclesiásticas<sup>61</sup>. Y se alargaba también a otros temas más difusos, en los que estaba pre-

<sup>59</sup> «A system of law which will never compel, which will never even allow, the defendant to give evidence, a system which sends every question of fact to a jury, is not competent to deal adequately with fiduciary relationships. On the other hand the Chancellor had a procedure which was very well adapted to this end. To this we may add that very possibly the ecclesiastical courts (and the Chancellor you will remember was almost always an ecclesiastic) had for a long time past been punishing breaches of trust by spiritual censures, by penance and excommunication. And so by general consent, we may say, the Chancellor was allowed to enforce uses, trusts or confidences. Thus one great field of substantive law fell into his hand – a fruitful field, for in the course of the fifteenth century uses became extremely popular» (F. W. MAITLAND, *Equity*, cit., 7).

<sup>60</sup> Cfr. R. H. HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England. I. The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford University Press, 2004, 108-110.

<sup>61</sup> «Of the temporal causes which were subject to the cognisance of the ecclesiastical courts the chief were matrimonial and testamentary suits, and actions for the recovery of ecclesiastical payments, tithes and customary fees» (W. STUBBS, *The Constitutional History of England in its Origin and Development*, III, Clarendon Press, Oxford 1884, 356).

sente una *ratio conscientiae* o *moralitatis*<sup>62</sup>. Quizá sea excesivo decir que la jurisdicción eclesiástica, «en razón de la corrección de vida, *pro salute animae*, entraba dentro de la casa de cada uno»<sup>63</sup>, pero es claro que tenía una gran amplitud. Si la competencia por razón de materia era borrosa, tampoco el estatuto jurídico personal aportaba claridad. Tanto los clérigos como los laicos podían ser juzgados por los tribunales canónicos y por los del rey<sup>64</sup>. A veces, en efecto, pudo parecer que los litigantes participaban en un *forum shopping*<sup>65</sup>, una especie de jurisdicción electiva.

La existencia de estas tres jurisdicciones habla por sí sola de la mezcla natural de influjos jurídicos que tenía lugar en Gran Bretaña. Por eso no se puede hablar sin matices de la insularidad del *common law*. Éste es en efecto un *perennial topic*<sup>66</sup> entre los historiadores ingleses y, hasta cierto punto, también entre los continentales. Pensar que el *common law* se encuentra fuera de la tra-

<sup>62</sup> «Besides the jurisdiction in these matters of temporal concern, there was a large field of work for the church courts in disciplinary cases; the cognisance of immorality of different kinds, the correction of which had as its avowed purpose the benefit of the soul of the delinquent. In these trials the courts had their own methods of process derived in great measure from the Roman law, with a whole apparatus of citations, libels, and witnesses» (W. STUBBS, *The Constitutional History of England in its Origin and Development*, cit., 357).

<sup>63</sup> «The whole of the matrimonial jurisdiction, the whole of the testamentary jurisdiction was, we know, specially regarded as a branch of canon law; but by its jurisdiction for correction of life, ‘pro salute animae’, it entered into every man’s house; attempted to regulate his servants, to secure his attendance at church, to make him pay his debts, to make him observe his oaths, to make him by spiritual censures, which by the alliance with the State had coercive force, by the dread of a writ of *capias excommunicatum*, to keep all the weightier matters of the law, not only judgment, mercy, and truth, but faith, hope, and charity also» (W. STUBBS, *Seventeen lectures on the study of Medieval and Modern History and kindred subjects*, Clarendon Press, Oxford 1887, 361-362).

<sup>64</sup> «Two smaller aspects of the ordinance [de Guillermo el Conquistador] call for brief mention. One was the way in which the jurisdictional division was to be made. The determination did not depend on dividing clergy and laity, assigning a separate forum to each. Rather, it was made according to the matter in dispute. If “episcopal laws” were involved in a dispute, the bishop should exercise jurisdiction. If the “rule of souls” were the subject of a plea, that too rendered the case fit for a spiritual forum. By implication, pleas concerning other matters would go to the traditional lay assemblies. At any rate, the jurisdictional choice depended upon what the litigation was about. Under the Conqueror’s ordinance, the status of the parties was not what determined the proper forum» (R. H. HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England. I. The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, cit., 110). Para una visión de conjunto de la jurisdicción canónica en la Inglaterra medieval, cfr. *ibid.*, 67-236; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano*, cit., 55-65; M. FERRANTE, *L’apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, cit., 46-68.

<sup>65</sup> La expresión es de R. H. HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England. I. The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, cit., 110.

<sup>66</sup> S. F. C. MILSOM, *A natural history of the Common Law*, Columbia University Press, New York 2003, 1.

dición jurídica occidental es sumamente impreciso, incluso distorsionante, y si se afirmara tal vez habría que «atemperar el chauvinismo de los historiadores ingleses»<sup>67</sup>. Pero la cuestión nunca se podrá resolver por completo porque cada uno se posiciona en su campo y desde su observatorio. Desde el nuestro, que es el derecho canónico, nos parece que debemos hacer destacar, como se ha hecho ya muchas veces, la influencia del derecho canónico, y en definitiva del *ius commune*, en el derecho inglés.

Cuando *William the Conqueror* llegó a Inglaterra (1066) el *ius commune* no era más que un proyecto en el continente. Los normandos no pudieron traer el *ius commune* a Inglaterra porque no existía todavía un derecho sabio europeo enseñado en las universidades ni aplicado en los tribunales de justicia. Pero no podemos hablar de una clausura de la isla al derecho del continente. Si nos referimos solamente a la doctrina jurídica, no se puede olvidar que Guillermo trae consigo, como principal asistente jurídico, a Lanfranco de Bec, arzobispo de Canterbury y reformador de la vida monástica en Inglaterra (ya era conocido como refutador de las tesis de Berengario de Tours). A la inspiración de Lanfranco se debe la *collectio Lanfranci*, un conjunto bastante completo de fuentes canónicas anterior al decreto de Graciano<sup>68</sup>. Ochenta años después de la conquista (1145), otro arzobispo de Canterbury (Teobaldo) traerá como consejero a un insigne jurista de Bolonia, Vacario, que va a fundar en Oxford una escuela de derecho (1149), y que publicará un compendio del *Corpus iuris civilis*. Aunque Enrique III prohíbe en 1234 (el mismo año en que Raimundo de Peñafort presenta el *Liber Extra* a Gregorio IX) la enseñanza del derecho romano en Inglaterra, la tradición doctrinal del *ius commune* está lejos de desaparecer de la isla. Importantes escuelas de Vacario, e infinitamente más conoci-

<sup>67</sup> «The medieval canon law is thus a vital part of the Western legal tradition. The English common law, as Raoul van Caenegem has pointed out in an effort to temper the chauvinism of English historians [R. C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English common law*, Cambridge University Press, Cambridge 1974] and as Harold Berman has very recently illustrated [H. J. BERMAN, *The origins of Western legal science*, Harvard Law Review 90 (1977) 894-943], is a part of that same tradition. It would be a serious distortion of historical facts to imagine that the common law developed within the fast of the island fortress tutored solely by a supposedly singular English genius. The common law and its institutions owe an incalculable amount to an international legal culture that developed in the Middle Ages and to the creative genius of the canonists who were a significant part of that culture» (W. W. BASSETT, *Canon Law and the Common Law*, Hastings Law Journal 29 [1978] 1386-1387).

<sup>68</sup> Cfr. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Lanfranco de Bec en los orígenes del «renacimiento» cultural del siglo XII*, *Ius Canonicum* 43, 86 (2003) 581-601; IDEM, *La colección canónica de Lanfranco de Bec*, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, Romae 2004.



dos en el ambiente jurídico anglosajón, son Ranulf Glanvill (1112-1190) y sobre todo Henry Bracton (1210-1268)<sup>69</sup>. El influjo de Bracton, muy buen conocedor de las fuentes del *ius commune*, se reaviva a partir del siglo XVI a través de Edward Coke (1552-1634), sobre todo con sus *Institutes of the Lawes of England*, y en el siglo XVIII con la especialísima contribución de William Blackstone (1723-1780) y sus *Commentaries of the laws of England*, que son igualmente deudores de los fundamentos romano canónicos.

No es la doctrina jurídica el único testimonio de la influencia del *ius commune* en el *common law*. Los testimonios preponderantes de este influjo son la presencia de elementos eclesiásticos innegables en la *Court of Chancery* y la presencia de elementos de contenido temporal en las *Christian courts*. William Bassett ha podido afirmar, con notable sentido de la historia, que «de los modernos manuales de historia del *common law* sacamos la impresión de que después de las *Constitutions* de Clarendon en 1164, o por lo menos después del *Statute* de Merton en 1234, cuando los nobles se opusieron a la doctrina canónica de la legitimación, el derecho canónico quedó aislado dentro de los límites de los tribunales eclesiásticos y separado de la corriente de ideas y de desarrollo jurídico que se produce en Inglaterra. Desde esta perspectiva el derecho canónico sólo tenía que ver por tanto con materias espirituales, derecho matrimonial, últimas voluntades y sucesiones, provisión de los oficios de iglesias recibidas en *frankalmoign*, derechos de patronato, crímenes de los clérigos, otros crímenes como la difamación, adulterio, usura, y las cuestiones de diezmos. Esta visión estrecha del derecho canónico sin embargo supone un doble anacronismo. Primero, impone a la historia una dicotomía moderna entre Iglesia y Estado que nunca existió antes del siglo XVI. Segundo, sugiere una compartimentación del conocimiento, como si el derecho canónico y su ciencia fueran una especialidad autónoma. Ambas suposiciones van directamente en contra de la naturaleza esencialmente unitaria y orgánica de la sociedad medieval»<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Sobre el carácter de la obra de Bracton y su influjo, cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho anglo-americano*, cit., 93-100.

<sup>70</sup> «We have the impression from modern manuals of common law history that after the *Constitutions* of Clarendon in 1164, or, at least, after the *Statute* of Merton in 1234, when the barons resisted the canon law doctrine of legitimation, the canon law was isolated in the confines of the courts Christian and separated from the mainstream of ideas and legal development in England. The canon law from this perspective was, therefore, concerned exclusively with spiritual matters, marriage law, wills and succession, *frankalmoign* provision of church offices, advowsons, crimes of clerics, other crimes, such as defamation, adultery, usury, and tithes. This narrow view of canon law, however, supposes a twofold anachronism. First, it imposes upon history a modern

Si damos crédito a esta orientación parece que se puede decir que existe algo más que una mera cuestión de lenguaje. Un insigne cultivador de la historia del *common law*, Milsom, ha dicho que se trata precisamente de una cuestión de lenguaje. «Ha existido un fuerte sentimiento de que *debió de* existir una influencia, y esto ha provocado desagrado en algunos historiadores y un revoltijo de ejemplos (de plausibilidad muy diversa) en otros. Este trabajo propondrá que no pudo existir mucho influjo fuera de la fuerza intangible que puede ser ejercida por el lenguaje»<sup>71</sup>. Dicho de otro modo, el único influjo fue el latín. Las fuentes originales están en latín, transmiten derecho romano y términos técnicos que pasan al derecho británico. Pero nada más. Probablemente cualquier cultivador de la hermenéutica diría que el lenguaje está lejos de ser neutral. Pero además del lenguaje existe todo un bagaje cultural común, una doctrina común, una fe común. Lo cual es difícil que carezca de consecuencias en el ámbito jurídico.

Desde luego, las dos cosas son difíciles: que una cultura común no produzca ninguna influencia («there *ought* to have been an influence» diríamos con Milsom), y que una cultura orgullosa de su insularidad no encuentre razones para negar esas influencias. Por eso son explicables (y también atractivas y pintorescas) polémicas como la que mantuvieron Maitland y Stubbs a finales del siglo XIX. William Stubbs, que era un obispo anglicano de Oxford, sostuvo que el derecho canónico medieval fue ya autóctono y no dependiente de Roma, con capacidad de elegir el valor vinculante de las decretales pontificias, mucho antes de la reforma protestante<sup>72</sup>. Frederic Maitland, que era bien conocido como un defensor del carácter independiente del *common law*, no pudo sin embargo estar de acuerdo con Stubbs, y contradujo esta tesis con argumentos difíciles de negar, como la doctrina de importantes canonistas ingleses<sup>73</sup> y la jurisdicción de los jueces que actuaban en la isla con jurisdicción pontificia delegada.

---

dichotomy between church and state which never existed before the sixteenth century. Second, it suggests a compartmentalization of knowledge as if canon law and its science were an autonomous specialty. Both suppositions run directly counter to the essentially unitary and organic nature of medieval society» (W. W. BASSETT, *Canon Law and the Common Law*, cit., 1407-1408).

<sup>71</sup> «There has been a strong sense that there *ought* to have been an influence, and this has provoked disappointment in some historians and a rummage for examples (of varying plausibility) in others. This essay will suggest that there could not be much effect beyond whatever intangible force may have been exerted by language» (S. F. C. MILSOM, *A natural history of the Common Law*, cit., 1).

<sup>72</sup> Cfr. W. STUBBS, *Seventeen lectures on the study of Medieval an Modern History and kindred subjects*, cit., 335-381.

<sup>73</sup> Cfr. F. W. MAITLAND, *Roman Canon Law in the Church of England. Six essays*, Methuen & co., London 1898, 1-50 (se trata del primer ensayo del volumen, sobre William Lyndwood, uno de los más importantes canonistas ingleses del s. XV).

Que el *common law* recibió al menos «la fuerza intangible que puede ser ejercida por el lenguaje» no lo duda nadie. Y mucho menos en instituciones como el *use* («usus») y el *trust* («trustis») como las que tratamos aquí. Es fácil descubrir la procedencia lingüística del *use*, pero vale la pena fijarnos en el étimo léxico del *trust*. No es de origen latino, sino franco-germánico. Ahora bien, antes de saltar a Gran Bretaña había sido ya latinizado en el continente. Según la fórmula que recoge Marculfo en el siglo VI, un vasallo pasaba a formar parte de la guardia personal de su señor a través de un rito en el que juraba «*trustem et fidelitatem*» a su señor. A su vez el señor le protegía y le consideraba «*inter numero antrustionorum*»<sup>74</sup>. De hecho, antes de hablar de *vasallos*, la lengua de los merovingios hablaba más bien de *antrustiones*, es decir, de gente que libremente había jurado fidelidad a un señor y formaba parte de su ejército personal<sup>75</sup>. Así pues, el *trustis* latinizado significa la relación de confianza que media entre el vasallo y su señor. «Podemos por tanto concluir que ni siquiera la misma palabra *trust* es un producto original del derecho inglés, sino que reproduce una relación fiduciaria de tipo principalmente público propia de la cultura jurídica continental y que tiene su origen en la ley sálica»<sup>76</sup>.

#### 8. SINTONÍA DEL USE Y DEL TRUST CON LA ADMINISTRACIÓN CANÓNICA DE BIENES

Hasta ahora hemos contemplado la historia, compleja y larga, que explica el desarrollo del *trust* anglosajón. Hemos intentado mostrar además la participación del derecho canónico, o de la praxis eclesiástica, en este especialísimo negocio fiduciario. Cambiemos ahora ligeramente de registro para preguntarnos hasta qué punto la institución misma del *trust* sintoniza con la misión de

<sup>74</sup> «Rectum est ut qui nobis fidem pollicentur inlesam nostram tueantur auxilio. Et quia ille fidelis, Deo propitio, noster, veniens ibi in palatio nostro una cum arma sua, in manu nostra trustem et fidelitatem nobis visus est coniurasse, propterea per praesentem praeceptum decernimus ac iubemus ut deinceps memoratus ille inter numero antrustionorum computetur. Et si quis fortasse eum interficere praesumpserit, noverit se virgildo suo solidis DC esse culpabilem iudicetur» (*Marculfi monachi Formularum libri duo. Item Veteres formulae incerti auctoris*, I, 18, H. Drouart, Lutetiae Parisiorum 1613; cit. en E. DE ROZIÈRE, *Recueil général des formules usitées dans l'Empire des francs du Ve au Xe siècle*, I, Auguste Durand, Paris 1859, 8-9).

<sup>75</sup> Cfr. A. BARBERO, *Liberti, raccomandati, vassalli. Le clientele nell'età di Carlo Magno*, *Storica* 14 (1999) 7-60. Para todo el tratamiento del uso de la voz *trustis* y su conexión con el *trust*, es de utilidad M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, cit., 141-146.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 146.

la Iglesia. La Iglesia ha participado de hecho en la historia y en la implantación del *trust*, pero ¿puede decirse que el *use* y el *trust* se adaptan a los fines espirituales de la Iglesia?

Algunos autores, sobre todo Shael Herman<sup>77</sup>, han sostenido que la gestión económica de la Iglesia responde acabadamente al modelo del *use* y del *trust*. Todo el patrimonio eclesiástico ha de gestionarse como una verdadera administración confiada a los ministros eclesiásticos *ad utilitatem Ecclesiae*, es decir, con criterios de uso, nunca de propiedad; y con criterios comunes, nunca personales. El destino de esos bienes es el beneficio de la Iglesia, o el bien de las almas de los vivos y de los difuntos, o Cristo mismo representado por los necesitados.

Es innegable que este esquema de administración responde muy bien a la administración eclesiástica. Pero la aparición del *use* en el ámbito del patrimonio de la Iglesia no se debió principalmente a cuestiones de autenticidad evangélica sino a cuestiones de oportunidad histórica. En los comienzos de la edad media el patrimonio de la Iglesia iba en progresivo aumento por las donaciones y legados de los fieles. Necesitaba encontrar una estructura adecuada para su crecimiento. Para ello necesitaba un procedimiento que permitiera al menos tres objetivos: 1) que las donaciones para causas pías pudieran sortear razonablemente el *Statute of Mortmain*, que impedía a la Iglesia ser propietaria; el *use* lo permitía, porque no entregaba la propiedad sino el uso bajo condición; 2) que los bienes no se disgregaran, sino que permanecieran vinculados a un destino eclesiástico común, destino eclesiástico indiscutible si se respetaba la práctica de los legados, que se hacían siempre con finalidades eclesiásticas típicas; 3) que fuera la Iglesia, y no los eclesiásticos, quien pudiera disponer del patrimonio, porque sólo de esa manera podría destinar esos bienes a las causas piadosas; el *feoffment of use* era un régimen que respetaba esta necesidad. El uso y la posesión de los bienes podía ser de los oficios eclesiásticos, pero siempre como administradores, personas de confianza, dispensadores, nunca dueños. Eran *feoffees*, custodios y gestores de los bienes en orden a finalidades que les sobrepasaban. Como consecuencia de todo ello, se segregó el patrimonio eclesiástico de la propiedad personal de los clérigos y

<sup>77</sup> Cfr. S. HERMAN, «*Utilitas Ecclesiae*»: *The Canonical Conception of the Trust*, cit., 2239-2278; S. HERMAN, *Trusts Sacred and Profane: Clerical, Secular, and Commercial Uses of the Medieval Commendatio*, *Tulane Law Review* 71 (1997) 869-896; S. HERMAN, *Medieval usury and the commercialization of feudal bonds*, Duncker and Humblot, Berlin 1993.

de sus familias. Los bienes de la Iglesia no podían ir a parar a los allegados de los clérigos.

Es difícil no ver en la estructura del *use* o del *trust* un poderoso medio de la cultura sociojurídica inglesa que sirvió a la administración eclesiástica de los bienes temporales. O al revés y en sincronía, un poderoso medio de la cultura canónica que aprovechó la sociedad inglesa para sus pactos de transmisión de bienes intergeneracionales. De todas formas sería inadecuado hacer una equiparación sin más entre el *use* (o el *trust*) y la administración temporal de bienes eclesiásticos.

Entender la administración de los bienes temporales de la Iglesia como un *use* exige aceptar unas cuantas irregularidades en la doctrina clásica del *trust*. ¿Quién sería el *feoffor* o el *settlor*?, ¿quién ostentaría la propiedad última del bien entregado en *feoffment* o en *trust*? Puede uno pensar que el *feoffor* es el donante concreto que hace el legado. Pero no parece que pueda hablarse en sentido propio de *feoffor* en este caso. El donante no mantiene, ni quiere mantener (compartida con el *feoffee*) la propiedad del bien. En el caso de las daciones en *frankalmoin*, como en todas las limosnas, aunque estén dirigidas a finalidades acordadas, el otorgante prescinde de cualquier derecho de propiedad. Hay que introducir una fuerte dosis de artificio para «emplazar la propiedad beneficiar en un *dominus* eterno y la administración para el beneficio del *dominus* en una organización de administradores temporales»<sup>78</sup>. Por otra parte el *cestui que use* tampoco es fácil de determinar, si bien en este caso los *charitable trusts* (la historia misma del *trust*) se ha encargado de llevar a cabo una vasta generalización de los beneficiarios de los negocios fiduciales.

Indudablemente, la alianza, el cumplimiento de la palabra dada, la confianza en la promesa, la atención a los débiles, son realidades espirituales que se encuentran en los *trusts* y en los *uses* medievales y modernos, y que están fuertemente vinculados a la economía de la salvación. Se comprende que evolucionen en algunos autores su origen cristiano. Los *fiduciary duties*, los deberes del fiduciario responsable (*loyalty, care, obedience*)<sup>79</sup>, tal como han sido elaborados por los tribunales ingleses y americanos, y por la doctrina académica so-

<sup>78</sup> «[...] to place beneficial ownership in an eternal *dominus* and administration for the *dominus's* benefit in an organization of temporal stewards» (S. HERMAN, «*Utilitas Ecclesiae*»: *The Canonical Conception of the Trust*, cit., 2255).

<sup>79</sup> Cfr. J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, cit., 113-127; M. R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, Harvard University Press, Cambridge 2004, 22-42.

bre la *equity law*, tiene un indudable sabor cristiano de fondo. De cualquier forma es claro que los reflejos de un origen cristiano no significan que el *trust* y los *trust-like devices* formalicen un negocio jurídico cristiano, ni mucho menos. Ya hemos visto, y veremos a continuación, las trampas naturales que puede contener el negocio fiduciario.

## 9. SUSPICACIA DEL DERECHO CONTINENTAL FRENTE EL *TRUST*

El derecho continental ha hecho al negocio fiduciario dos reproches distintos. Uno por atentar contra la justa distribución de los bienes, y otro por atentar contra la verdad de los negocios jurídicos. Un reproche por insolidario y otro por simulatorio. El primer reproche no va contra el negocio en sí mismo, sino contra algunos modos en que fue masivamente empleado a lo largo del medioevo y de la edad moderna. De esto ya hemos tratado suficientemente. Las sustituciones fideicomisarias en los negocios de transmisión intergeneracional de la propiedad lastraron la reforma social y tuvieron un verdadero influjo social y político. Sobre todo el *fideicomisum hereditatis* y el *fideicomisum familiae relictum*<sup>80</sup>. Al menos ésa fue la línea de opinión que se impuso de manera rotunda en la codificación francesa. Desde entonces el fideicomiso se puede considerar «una especie de superviviente de la furia desvinculadora desatada durante el periodo de la Codificación»<sup>81</sup>. Se quería evitar por encima de todo la acumulación de bienes en sistema de manos muertas, y se pensaba que evitarlo era el único medio para dinamizar la vida social y económica. Por tanto, todo vínculo que ligase la tierra a la familia por generaciones se entendió como un mal grave. Y uno de los responsables de ese mal era el fideicomiso.

<sup>80</sup> Cfr. A. TORRENT, *Fideicomisum familiae relictum*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1975; M. T. DUPLÁ MARÍN, «*Fideicomisum hereditatis: hereditas et fideicomisum*» (I). *Algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica en Derecho romano*, La Notaría 17 (V-2005) 52-73. Puede ser útil este comentario de Santiago Castán: «Entre las distintas formas fideicomisarias destacan, sin duda, por sus efectos, el fideicomiso universal (*fideicomisum hereditatis*) y el de familia (*fideicomisum familiae relictum*), puesto que en el seno de ambos entrará en juego la denominada “sustitución fideicomisaria”. Especialmente sugerente es el segundo, puesto que el testador imponía la no enajenación del patrimonio hereditario logrando que los bienes se mantuvieran intactos durante generaciones dentro de la misma familia, dando lugar a que se produjeran sustituciones sucesivas entre los distintos beneficiarios» (S. CASTÁN, *Reseña bibliográfica de «FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario de la, La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano»*, Revista de estudios histórico-jurídicos 35 [2013] 819).

<sup>81</sup> F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Universidad de Cantabria, Santander 2004, 68.

El segundo reproche tiene que ver más con la técnica del derecho, y es una recriminación más académica que social. Se ha entendido frecuentemente el fideicomiso como una pantalla<sup>82</sup> que impide observar realmente el propósito real del negocio, que contendría por tanto una fuerte dosis de simulación, o como se ha dicho frecuentemente, una duplicidad de efectos.

La duplicidad de efectos del negocio fiduciario ha sido criticada con solvencia por muchos autores. Se trata de la dificultad de aceptar un negocio «complejo» y en parte contradictorio. Por una parte transmite la plenitud del dominio de una cosa, con todos los efectos *erga omnes* propios de la transmisión patrimonial. Por otra parte el adquirente se obliga a obrar de acuerdo con lo que se ha comprometido a través de un pacto privado. «¿Es real, es normal, es siquiera verosímil que el fiduciante haya querido transmitir, y de una manera definitiva, la propiedad de la cosa que confía al fiduciario? Si se atienden los datos que ofrece la práctica de los tribunales, la contestación habrá de ser negativa. Quien hace una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado, quiere conseguir el préstamo y, porque no puede otra cosa, pasa por aquella imposición»<sup>83</sup>. Las construcciones dogmáticas lo aguantan todo. Si uno lee la descripción de la figura del negocio fiduciario construida por la pandectística (que fue quien le puso el nombre) todo parece de lo más razonable: «el negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos [...] –como ellas saben– exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más

<sup>82</sup> «Estas impropiedades del art. 781 [del Código civil español] son recuerdo de un instituto romano que se halla en el origen de la sustitución: el fideicomiso, o encargo que hace un testador al nombrado heredero, de que entregue enseguida la herencia a un tercero, que no es llamado como sucesor, pero que va a recibir el beneficio. El heredero (fiduciario) es una especie de pantalla, un simple intermediario entre el causante y aquel a quien favorece realmente la liberalidad (fideicomisario)» (J. L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil*, V, Dykinson, Madrid 2004, 270).

<sup>83</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., 385. Para una versión crítica completa del negocio fiduciario, *ibid.*, 379-442.

allá de una obligación exigible [“obligatorische Verpflichtung”]»<sup>84</sup>. Pero detrás de estos conceptos intachables se esconden sospechosas paradojas, como que la persona *de confianza* sea aquella de la que más se recela, y que queda constituida desde el primer momento en amenaza jurídica; o que el efecto que persigue el primer acto pretenda quedar desacreditado por el efecto que persigue el segundo.

Otra expresión técnica que se emplea para explicar la paradoja de los negocios fiduciarios es la excedencia del medio sobre el fin<sup>85</sup>. Son términos que se han usado mucho sobre todo en la doctrina italiana. Francesco Ferrara lo explica diciendo que «el negocio jurídico fiduciario provoca un efecto jurídico más amplio para conseguir un efecto económico más restringido. Se transfiere el dominio para obtener el fin limitado de la garantía. Se cede el crédito para obtener el fin de la cobranza. Existe, pues, una contradicción entre el fin y el medio empleado: se usa un medio más fuerte para obtener un resultado más débil; se emplea una forma jurídica más importante para obtener un efecto menor. Y aquí está la esencia del negocio fiduciario. Es éste un negocio que *va más allá* del fin de las partes, que supera la intención práctica, que *presta más* consecuencias jurídicas que las que serían necesarias para obtener aquel fin»<sup>86</sup>. El negocio fiduciario presenta por tanto una «interna disarmonía»<sup>87</sup>. Cuando

<sup>84</sup> F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Duncker & Humblot, Leipzig 1893, 518 [trad. por F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., 381].

<sup>85</sup> «Ciò significa che nel caso in cui il fiduciario violi gli obblighi derivanti dall'intesa fiduciaria al fiduciante non spetta una tutela reale. In altri termini, il fiduciante “tradito” potrà chiedere esclusivamente il risarcimento del danno o l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione *ex art.* 2932 cod. civ., sempre che, in tale ultimo caso, il fiduciario non abbia trasferito il diritto a terzi meritevoli di tutela. Appunto in ciò consiste, secondo la prevalente dottrina, l'eccedenza del mezzo adoperato rispetto allo scopo: per ottenere la custodia o l'amministrazione “in riservatezza” di un diritto, o concedere la garanzia di credito, il fiduciante si priva del diritto stesso, conferendolo “in fiducia” ad altri. Del resto, è appunto questo “affidamento” a costituire l'essenza della fiducia» (F. MARCHETTI, *Luci e ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica*, en S. AMOROSINO et al. [a cura di], *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Milano 2010, 1109).

<sup>86</sup> F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos* [trad. R. ATARD – J. A. DE LA PUENTE], *Revista de Derecho privado*, Madrid 1953, 67. Sin embargo, Ferrara no entiende que el negocio fiduciario sea un negocio simulatorio, y le encuentra algunas utilidades: «El negocio fiduciario sirve para hacer posible la realización de fines que el orden jurídico no satisface, para templar ciertas durezas que no se compadecen con las exigencias de los tiempos, para facilitar y acelerar el movimiento de la actividad comercial. Aparece, pues, como un medio de completar el derecho deficiente, de corregir el derecho inadecuado, de producir la evolución de nuevas formas jurídicas» (*ibid.*, 65-66).

<sup>87</sup> J. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Civitas, Madrid 1981, 21.



un ordenamiento jurídico desarrolla suficientes sistemas de garantía (pensemos en las hipotecas), se entiende que el negocio fiduciario pueda suscitar a veces el reproche o la suspicacia de la doctrina por defraudar los instrumentos jurídicos y convertirse en medio de eludir la ley<sup>88</sup>.

#### 10. CHARITABLE TRUSTS

Sería inconveniente trasladar sin más el concepto de *trust* al concepto de fundación canónica, aunque no fuera más que por la acusada operatividad de los *trusts* en el tráfico comercial y las ventajas que ha logrado esta figura en ámbitos que rozan la licitud moral o la transparencia económica. Pero no todos los *trusts* pueden considerarse ni mucho menos equivalentes<sup>89</sup>.

Muchas veces los *trusts* no pretenden negocios ventajosos sino modos de servir a intereses sociales o caritativos. Son los *charitable trusts*. Como categoría nacieron en 1601, en el *Statute of Charitable Uses*. Hay que tener presente que este *Statute*, promulgado en tiempos de la reina Isabel I, había sido precedido por el Acta de supremacía (1534) y la disolución de las órdenes religiosas (1536), medidas ambas de Enrique VIII, y por la confiscación de todos los bienes eclesiásticos llevada a cabo por Eduardo VI (1547). Se había roto el modelo de la beneficencia eclesiástica, y eso acarrió al país una fuerte crisis social. Las *charities* procedentes del *Statute* eran una cuestión de primera necesidad para sostener el tejido social de Inglaterra. A ello hay que unir las *Poor laws* de 1597 y 1601.

El preámbulo del *Statute of Charitable Uses* explicaba que dichos *uses (trusts)* tenían por objeto la beneficencia, con destinatarios muy amplios: asistencia a ancianos, ignorantes y pobres; socorro de soldados y marineros enfermos y mutilados; el cultivo de todo tipo de enseñanza, incluida la universitaria; la reparación de puentes, refugios, calzadas, iglesias, costas y caminos; la educación y protección social de los huérfanos; la asistencia, suministro y mantenimiento de reformatorios; el matrimonio de criadas pobres; el socorro y ayuda de jóvenes

<sup>88</sup> «La intrínseca falta de armonía entre el fin de las partes (garantía o conservación de la cosa o derecho) y el medio jurídico empleado, provocó que, aun cuando se hubieran desarrollado suficientemente los derechos reales de garantía y el contrato de mandato, la fiducia perviviera en la práctica como instrumento de elusión normativa, preferentemente de las normas tributarias o del dogma de la responsabilidad ilimitada» (A. BÁEZ MORENO, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Pamplona 2009, 46).

<sup>89</sup> Puede verse un interesante elenco de posibles tipologías de *trusts* según el modelo tradicional inglés en M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano 1997, 155-205. En la misma obra se contemplan otras muchas tipologías según modelos no tradicionales.

tenderos, artesanos y personas venidas a menos (*decayed*); la asistencia de prisioneros y el rescate de cautivos; la ayuda a todo vecino pobre para que alcance a pagar los impuestos y las tasas<sup>90</sup>. A primera vista llama la atención que no se haga mención alguna de la religión (ni tampoco de los hospitales). En realidad, «la religión era para Isabel un tema más bien político que espiritual, y extraordinariamente controvertido»<sup>91</sup> para la mentalidad de Iglesia nacional propia de los Tudor. No tenía sitio como objeto ni como sujeto de caridad social.

Los *charitable trusts* tienen claras dificultades para caber en el modelo común del *trust*. Sustancialmente hay dos dificultades que se imponen de inmediato: la perpetuidad del proyecto y la naturaleza del beneficiario. En realidad son dos elementos muy vinculados entre sí. Los *trusts*, sobre todo desde que fueron establecidas las leyes contra la perpetuidad<sup>92</sup>, impiden cualquier investidura indefinida de derechos (*interest*) por parte de los beneficiarios. Pero los *charitable trusts* tienen un propósito indefinido de beneficencia y no tienen un beneficiario, un *cestui que trust*, que pueda reclamar sus propios intereses. De hecho, los *purpose trusts*, es decir, aquellos *trusts* que no buscan el beneficio de determinadas personas sino que persiguen un fin más o menos abstracto están prohibidos<sup>93</sup>. «El significado natural de “una situación de perpetuidad” [*a perpetuity*] es “un interés indestructible no enajenable”. En este sentido los *charitable trusts* son situaciones de perpetuidad. Y esto no es una doctrina arbitraria, sino que nace de la naturaleza de estos *trusts*. Porque mientras que, por lo general, un *trust* no es válido a no ser que exista un *cestui que trust* natural o artificial, los *charitable trusts* son una excepción. Se reconocen válidos aunque de ordinario no tienen un *cestui que trust* definido. Por tanto son inalienables porque no hay nadie que pueda enajenar. Nadie tiene ningún derecho enaje-

<sup>90</sup> Cfr. B. BROMLEY, *1601 Preamble: The State's Agenda for Charity*, *Charity Law and Practice Review* 7.3.4 (2001) 177-211. En el inglés del siglo XVII el texto del preámbulo de la ley isabelina decía así: «[...] some for Releife of aged impotent and poore people, some for Maintenance of sicke and maymed Souldiers and Marriners, Schooles of Learninge, Free Schooles and Schollers in Universities, some for Repaire of Bridges Portes Havens Causwaies Churches Seabankes and Highwaies, some for Educacion and prefermente of Orphans, some for or towards Reliefe Stocke or Maintenance of Howses of Correccion, some for Mariages of poore Maides, some for Supportacion Ayde and Helpe of younge tradesmen Handicraftesmen and persons decayed, and others for reliefe or redemption of Prisoners or Captives, and for aide or ease of any poore Inhabitantes concerninge paymente of Fifteenes, setting out of Souldiers and other Taxes».

<sup>91</sup> J. J. FISHMAN, *The Political Use of Private Benevolence: The Statute of Charitable Uses*, *Pace Law Faculty Publications*, Paper 487 (2008) [digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/487], 42.

<sup>92</sup> Cfr. J. Ch. GRAY, *Rule against perpetuities*, Little, Brown and Company, Boston 1906, 101-165.

<sup>93</sup> Cfr. M. LUPOL, *Trusts*, cit., 156-159.

nable porque nadie tiene ningún derecho»<sup>94</sup>. El hecho de que no existan verdaderos beneficiarios pertrechados de un derecho no quiere decir que el *trustee* no pueda recibir reclamaciones jurídicas a su gestión. La propia corona británica se hace responsable de los *charitable trusts* y actúa jurídicamente a través del Fiscal general del Estado.

Es claro que los *charitable trusts* no son *trusts* ordinarios. Evaden algunas complicaciones legales y fiscales propias de los *trusts* privados<sup>95</sup>, y pretenden objetivamente acciones diversas. La mediación del *trustee* en este caso no se hace como un medio para satisfacer intereses personales del *settlor*, sino para una buena administración de un fin de caridad. «El *charitable trust* tiene numerosas ventajas sobre otros tipos de *trust*. No está sujeto a los requisitos habituales de especificidad de objetivos, y puede ser perpetuo. Tiene significativas desgravaciones fiscales. Puede hacerse ejecutivo a través de medios que no están al alcance de otros *trusts*: el *Attorney-General*, como protector del interés público, puede iniciar procedimientos ejecutivos; también puede hacerlo la organización implicada; los *Charity Commissioners* tienen incuestionables poderes legales que les permiten la intervención directa. Todo ello se lleva a cabo a través de los poderes y obligaciones de los *trustees* que están obligados a actuar desinteresadamente persiguiendo los objetivos del *trust* [...]. Finalmente, en circunstancias en las que otros *trusts* fracasarían, un *charitable trust* puede salvarse por medio de la aplicación de la doctrina *cy-près*»<sup>96</sup>. La doctrina *cy-près*

<sup>94</sup> «[...] the natural meaning of “a perpetuity” is “an inalienable indestructible interest”. In this sense charitable trusts are perpetuities. And this is no arbitrary doctrine, but arises from the nature of such trusts. For while, generally, a trust is not good unless there be a natural or artificial *cestui que trust*, charitable trusts are an exception. They are recognized as valid, but yet they do not ordinarily have any definite *cestuis que trust*. They are therefore inalienable, because there is no one to alienate them. No one has any alienable rights, because no one has any rights» (J. CH. GRAY, *Rule against perpetuities*, cit., 450). El régimen completo de las *charitable trusts* con respecto a esta regla contra el carácter perpetuo puede verse en la misma obra, 450-474.

<sup>95</sup> Cfr. G. JONES, *History of the Law of Charity*, cit., 5-9; M. CHESTERMAN, *Charities, Trusts and Social Welfare*, Weidenfeld and Nicolson, London 1979, 3.

<sup>96</sup> «A charitable trust has a number of advantages over other types of trust. It is not subject to the usual requirements relating to certainty of objects and it may exist in perpetuity. It is entitled to significant tax exemptions. It may be enforced in ways not available in relation to other trusts: the *Attorney-General*, as protector of the public interest, may commence enforcement proceedings; the charitable organisation involved may do so; and the *Charity Commissioners* have certain statutory powers available to permit direct intervention. It is given effect through the powers and duties of trustees who are bound to act selflessly in pursuit of the trust's objects [...]. Finally, in circumstances where other trusts would fail, a charitable trust may be saved through application of the *cy-près* doctrine» (K. O'HALLORAN – M. MCGREGOR-LOWNDES – K. W. SIMON, *Charity Law & Social Policy*, Springer, London 2008, 172).

(préstamo normando, como tantos otros en el derecho medieval inglés) significa que el tribunal de equidad hará todo lo posible para que el *charitable trust* no fracase aunque haya periclitado su fin original o más inmediato. Deberá encontrar un ajuste del fin o un modo de cumplirlo *si præs comme possible*, lo más adecuado que sea posible, lo más cercano a la realidad pretendida en su origen.

Cuando se habla de *charities* hay que explicar que no todas ellas son *charitable trusts*. Hay muchos organismos caritativos que son *corporations*, personas jurídicas (el *trust* no lo es), pero que pueden tener acusados parecidos con los *charitable trusts*. Las *charities* serían formas de acción en el ámbito de la justicia y de la caridad. En su origen «puede decirse que la *charity* como fenómeno e “institución” social simplemente *era* de algún modo el resultado de la *charity* entendida como virtud»<sup>97</sup>. Son formas de acción social con caracteres muy diversos y que viven en dependencia de un tejido normativo bastante complejo<sup>98</sup>. En la actualidad es difícil integrarlas en una categoría unitaria o encontrar una esencia conceptual de las *charities*<sup>99</sup>.

## 11. EL NEGOCIO FIDUCIARIO CANÓNICO

El derecho canónico ha tenido problemas históricos con figuras muy similares al *trust*. Es el caso sobre todo de la *confidentia beneficalis*<sup>100</sup> o la *com-*

<sup>97</sup> J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño? (gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Iustel, Madrid 2012, 41. Es indiscutible que en su origen la caridad cristiana constituía el fundamento de muchas *charities*. Con el tiempo queda también fuera de discusión que se ha producido una tendencia hacia la filantropía, o como se ha dicho: «The objects of charity were to become more secular as the majority of Englishmen reflected less on the fate of their souls and became more concerned with the worldly needs of their fellow men» (G. JONES, *History of the Law of Charity, 1532-1827*, Cambridge U.P., London 1969, 10).

<sup>98</sup> La razón de esta complejidad es paradójica. El rechazo por parte del derecho inglés de todo intento jurídico abstracto ha dotado de modo indirecto a las *charities* de un sistema normativo muy pormenorizado. «Me refiero a que su ordenamiento [el ordenamiento jurídico británico] es una intrincada mezcla de *common, statutory* y *exceptional law*. En concreto en este ámbito de las *charities*, pero también en el subsistema constitucional y administrativo. En contra de lo que suele pensarse, su ordenamiento contiene numerosas normas, muy extensas, enormemente casuísticas y difíciles de combinar con los casos y la interpretación jurisprudencial de principios o valores o *equity*» (J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, cit., 43).

<sup>99</sup> Cfr. *ibid.*, 38-44.

<sup>100</sup> Cfr. M. GRAZIADEI, *The Development of «Fiducia» in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the «Ancien Regime»*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itimera Fiducia*», cit., 346-349.

*mendatio*<sup>101</sup>. Los beneficios eclesiásticos podían darse *in commendam*, es decir, separando al titular del usuario o beneficiario. Pero podía ocurrir que quien tenía el beneficio encomendado lo tuviera con la promesa de hacer llegar las rentas a una tercera persona designada por el titular; o bien con la promesa de que las rentas volvieran al titular propietario, o que se repartieran. Este sistema fue causa de numerosas corruptelas. Había sido juzgado con rigor por la Rota Romana y fue condenado como simonía, después de Trento, por las Bulas *Romanum Pontificem* (Pío IV, 1564) e *Intolerabilis* (Pío V, 1569). Aun así, «arrancar la corruptela de la enajenación fiduciaria de los beneficios eclesiásticos»<sup>102</sup> no fue precisamente sencillo. El doble fin de los negocios fiduciarios, condenado por los sistemas civiles continentales, fue percibido también con otros matices en el siglo XVI por la doctrina pontificia.

Un canonista y moralista de la época, el obispo Flaminio Parisio, se preguntaba y se respondía: «¿Cómo es posible que en tiempos pasados la *confidentia beneficalis* se tolerase y concediese derecho a quien la probara? Pienso que esto pasaba tanto por el interés que sacaban de ello muchos curiales (para favorecer a los cuales se toleró esto, como una mala costumbre, o mejor dicho como una corruptela), como también porque desde antiguo, antes de que fueran permitidos estos fideicomisos, se consideraba grave no devolver o restituir lo que bajo palabra [*in fide*] y en conciencia [*in pudore*] se ponía en sus manos [...]; y como la confianza [beneficial] se funda por completo en la confianza del que recibe el beneficio o lo posee [...], también era grave faltar a esa confianza [...], y en consecuencia ésta fue quizá la razón por la que se toleró a lo largo de muchos años. Cumplir los pactos es de derecho natural [...] porque la confianza es el fundamento de la justicia»<sup>103</sup>. Parece claro que el respeto a la palabra dada obliga en

<sup>101</sup> Cfr. S. HERMAN, *Trusts Sacred and Profane: Clerical, Secular, and Commercial Uses of the Medieval Commendatio*, *Tulane Law Review* 71 (1997) 869-896.

<sup>102</sup> «[...] ad tollendam fiduciariae mancipationis beneficiorum ecclesiasticorum corruptelam» (Pío V, Bula *Intolerabilis multorum perversitas* § 1 [14-VI-1569], en C. COCQUELINES [ed.], *Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum*, Tomus IV, Pars III, Romae 1746, n. 117, 67).

<sup>103</sup> «Quare confidentia beneficalis retroactis temporibus tolerabatur, et super ea reddebatur ius? Existimo, hoc evenisse, tum ex utilitate, quae resultabat pluribus curialibus ex hoc, quorum favore id fuit prava consuetudine, seu potius corruptela toleratum, tum etiam, quia, quemadmodum antiquis temporibus, ante quam fidei commissa essent permissa, grave admodum reputabatur, ea non reddere, seu, restituere, cum in fide, et pudore eorum, qui rogabantur, essent posita [...] ita, cum confidentia tota in fide illius, qui recipit, vel habet beneficium, consistat [...] grave etiam erat, eam fidem fallere [...], et per consequens hac forsane ratione fuit per multos annos tolerata. Pacta enim servare, est iuris naturae [...], nam fides est fundamentum iustitiae» (F. PARISIUS, *De confidentia beneficali prohibita tractatus*, q. VI, nn. 1-5, Gulielmi Facciotti, Romae 1595, 22).

conciencia siempre que el objeto de la palabra dada sea razonable, ordenable al fin del derecho. En este caso se trataba de un negocio que rozaba la simonía<sup>104</sup>, y en cualquier caso era claramente contrario al espíritu de la potestad eclesial.

¿Qué dice el actual sistema normativo canónico acerca del negocio fiduciario? El c. 1302 § 1 determina lo siguiente: «Quien adquirió como fiduciario unos bienes destinados a causas pías, sea por acto *inter vivos* sea por testamento, debe informar de su fiducia al Ordinario, dándole cuenta de todos aquellos bienes, tanto muebles como inmuebles, y de las cargas anejas, pero si el donante hubiera prohibido esto, expresa y totalmente, no deberá aceptar la fiducia». En el antiguo código (c. 1516 § 1 del CIC de 1917) constaba una disposición normativa semejante. Lo que el texto indica, en un balance rápido, es que la ley canónica no rechaza el negocio fiduciario para causas pías, pero pone fuertes controles para su recta administración<sup>105</sup>.

Si quisiéramos calificar la figura del c. 1302, la primera impresión que nos sugiere es la de una donación modal de carácter fiduciario. Sin embargo, hay quienes han visto muchas otras cosas: la fundación no autónoma, el fideicomiso, o incluso el *trust* canónico.

Qué duda cabe de que existen numerosos puntos de contacto entre la fundación no autónoma, la donación modal y el fideicomiso<sup>106</sup>. Se ha dicho incluso que «la fiducia, en el sentido usado por el legislador en el c. 1302, tiene un significado genérico que comprende el conjunto de las sustituciones de carácter fiduciario entre vivos o *mortis causa*. Por eso, no consideramos necesario precisar las variantes conceptuales entre fiducias propiamente dichas, sustituciones fideicomisarias, *trust* inglés, etc., conceptos que por lo demás varían mucho según las distintas legislaciones civiles»<sup>107</sup>.

Es frecuente en la doctrina equiparar, o al menos asimilar, la fundación pía no autónoma del c. 1303 § 1, 2º (bienes finalizados, dados para su admi-

<sup>104</sup> Como un negocio que no era *simoniacum per se* lo considera J. DESHUSSES, «Confidence», en R. NAZ (ed.), *Dictionnaire de Droit canonique*, IV, Paris 1949, 67. Pero es bien sabido que la opinión de los papas Pío IV, Pío V y posteriormente Sixto V lo consideran simoniaco *de facto* (cfr. M. GRAZIADEI, *The Development of «Fiducia»*, cit., 347-349).

<sup>105</sup> Una concienzuda explicación del alcance del control del ordinario sobre la fiducia, en F. R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 1993, 212-215.

<sup>106</sup> Cfr. J. C. TRULLOLS DURÁN, *Naturaleza jurídica de las Fundaciones Pías no autónomas*, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, Facultas Iuris Canonici, Romae 2007, 141-146.

<sup>107</sup> J.-P. SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano 2008, 103 [traducción propia].

nistración a una persona jurídica pública eclesiástica) con la donación fiduciaria modal del c. 1302<sup>108</sup>. Muchas veces se habla sin más de fundaciones fiduciarias para referirse a las fundaciones no autónomas. Sin embargo, aunque puedan tener un tratamiento parejo en un determinado ordenamiento civil, hay que reconocer que tienen diferencias<sup>109</sup>. La fundación pía no autónoma presenta un innegable matiz de control eclesiástico (pues se pone en manos de una persona jurídica pública), y por tanto sus bienes deberán cubrir todos las exigencias de los bienes eclesiásticos. La donación fiduciaria, aunque esté controlada por la autoridad con arreglo al c. 1302, no se puede considerar bien eclesiástico y será siempre controlada y gestionada por el propietario que ha recibido el bien en fiducia.

El c. 1302 ofrece también cobertura para el fideicomiso y el *charitable trust*<sup>110</sup>. No es que los designe como tales ni que explique sus diferencias ni sus elementos específicos, pero en la sobriedad del texto del canon caben esos supuestos. Debe quedar claro que el *trust* canónico (en el caso de que el ordenamiento civil lo acepte, como ocurre en Italia) es un *charitable trust*, es decir, una entrega en *trust* de bienes para causas pías. Los beneficiarios no son per-

<sup>108</sup> «Parece conceptualmente posible, a pesar de la distinción formal adoptada por el *Codex*, considerar de modo unitario los supuestos de los cann. 1302 y 1303 § 1, 2º, ya que se tratan en sustancia de un único fenómeno jurídico, calificable en su conjunto, desde un punto de vista civil, como fundación fiduciaria» [traducción propia] (M. FERRANTE, *Diritto ecclesiastico e diritto privato: ossimoro o sinestesia?*, en A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Giuffrè, Milano 2008, 233); «El negocio fiduciario no puede presentar diferencia alguna con la fundación piadosa. De alguna manera, la dote, erigida o no en persona jurídica, es una fiducia» (A. SOLS LUCIA, *La fundación pía no autónoma en el actual CIC*, Revista Española de Derecho Canónico 135 [1993] 540). Distingue uno de otro, con mayor exigencia comparativa, G. SARULLO, *Pie volontà, fondazioni pie e «Trusts»: analogie, differenze e modalità applicative nell'ordinamento giuridico canonico latino e nell'ordinamento giuridico italiano*, Pontificia Studiorum Universitas a S. Thoma Aq. in Urbe, Romae 2007, 108-117; «Il *trust* potrebbe, quindi, rappresentare, all'interno del diritto canonico, una modernizzazione della fondazione di culto, in ragione della sua maggiore elasticità e della mancanza di tutti quei formalismi che il riconoscimento in persona giuridica della fondazione richiede» (M. LAUDISIO, *Istituti fiduciari e diritto canonico [II]*, Omnia Iustitiae, Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore 6/2 [2009] 35).

<sup>109</sup> Cfr. J. C. TRULLOLS DURÁN, *Naturaleza jurídica de las Fundaciones Pías no autónomas*, cit., 143-146. El autor presenta cinco elementos comunes y cinco posibilidades de discrepancia. Cfr. también J. MIÑAMBRES, *Fondazioni pie e figure affini*, *Ius Ecclesiae* 21 (2009) 340-341.

<sup>110</sup> Entre los intentos por equiparar el c. 1302 a la figura de un *charitable trust*, sobre todo para actuar en ordenamientos jurídicos como el italiano en el que se admite la operatividad civil de la figura, después de firmar el convenio de la Haya sobre el *trust*, cfr. G. SARULLO, *Pie volontà, fondazioni pie e «Trusts»: analogie, differenze e modalità applicative nell'ordinamento giuridico canonico latino e nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 101-139; 141-163.

sonas singulares sino un fin caritativo. Por tanto, puede tener todas las condiciones de perpetuidad que tienen los *charitable trusts*, y debe carecer de todas las condiciones, más o menos sórdidas, de las llamadas fiducias *cum creditore*<sup>111</sup>. Tradicionalmente se ha distinguido entre la fiducia *cum amico* y la fiducia *cum creditore*. La primera busca la ayuda leal del amigo para que medie en la solución de un problema, la segunda se entiende como una garantía que el fiduciante (y por otra parte deudor) tiene que pagar al fiduciario (y por otra parte acreedor) para asegurar que se salde la deuda. Estas situaciones tienen poco sentido para el *trust* canónico. Evidentemente carece por completo de base para su configuración como fiducia todo negocio prohibido por derecho natural o derecho positivo canónico<sup>112</sup>. En cambio, el *charitable trust* «podría ser una forma jurídica adecuada para vincular bienes a fines que respondan a la misión de la Iglesia. De hecho muchas estructuras del así llamado “tercer sector” (entes de voluntariado, organizaciones no lucrativas, empresas sociales, etc.) encuentran inspiración de un modo u otro en esta figura»<sup>113</sup>.

Parece claro sin embargo que el *trust* no debe entenderse como una subjetivación abstracta de una realidad patrimonial, que actúa a través de sus órganos o representantes. No es una persona jurídica, ni siquiera un ente sin personalidad. No es un ente, sino un *pactum fiduciae* en torno a unos bienes. Es un negocio jurídico fiducial. Los responsables son el fiduciante y el fiduciario, o quienes actúen en su nombre.

<sup>111</sup> Cfr. A. SOLS LUCIA, *La fundación pía no autónoma en el actual CIC*, cit., 540.

<sup>112</sup> «A prescindere dalle dispute vertenti sulla natura giuridica del negozio fiduciario, posta la sua astratta ammissibilità nell'ordinamento canonico, occorre sottolinearne la dipendenza e funzionalizzazione agli scopi della Chiesa, in generale, e alle norme di diritto divino e canonico, in particolare. Il vincolo fiduciario imposto a un trasferimento di beni sarà, pertanto, ammissibile nella Chiesa solo se l'obbligo da esso nascente risulti confacente agli scopi ecclesiastici (can. 1254 CIC) e il relativo negozio non appaia, in concreto, contrastante con le norme di diritto divino e canonico (can. 1290 CIC). Tale valutazione di ammissibilità dovrà riguardare la fattispecie concreta da stipularsi e non solo la sua astratta configurabilità» (M. LAUDISIO, *Istituti fiduciari e diritto canonico [I]*, Omnia Iustitiae, Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore 6/1 [2009] 30).

<sup>113</sup> J. MIÑAMBRES, *Fondazioni pie e figure affini*, cit., 342 [traducción propia]. La opinión es compartida por otros autores: «A notevoli sviluppi può essere soggetto il *trust* nel diritto canonico. Nei paesi anglosassoni esiste il c.d. *Charitable trust*, consistente in un *trust* utilizzato, anche da parte di organizzazioni ecclesiastiche, per finalità caritatevoli. Tra gli scopi caritatevoli cui può essere diretto il *Charitable trust* possono essere ricordati, in modo non tassativo, il sostegno ai poveri e alla religione, la promozione dell'istruzione, l'organizzazione di opere di ausilio della comunità, etc. Si tratta di finalità confacenti agli scopi propri della Chiesa e tali da rendere sicuramente legittimo un tale istituto all'interno della stessa» (M. LAUDISIO, *Istituti fiduciari e diritto canonico [III]*, cit., 34).



## 12. CONCLUSIONES

Es poco probable que el *trust* anglosajón no haya tenido raíces en el feudo romano clásico. De todas formas, esa influencia como es lógico está afectada por muchas mediaciones. Una de ellas, que hemos intentado poner de relieve a lo largo de estas páginas, es la del derecho canónico. La praxis eclesiástica, la doctrina canónica y la jurisprudencia de los tribunales de la Iglesia influyeron a lo largo del medioevo británico en el origen y en la consolidación del *use* y del *trust*.

Se puede distinguir entre influencias de hecho y de derecho. Hay algunas circunstancias *de hecho* que evidencian el protagonismo de la Iglesia en la materia del *use*. Siempre ha sido recordada la presencia de los franciscanos en Inglaterra desde 1224, domiciliados en régimen de *use*. Pero la circunstancia histórica más representativa fue la voluntad por parte de la Iglesia de mantener los bienes recibidos en *frankalmoin* a través de la creación de un amplio sistema de *uses* capaces de eludir el *Statute of Mortmain*, es decir los decretos de finales del siglo XIII contra las tierras que no estaban sujetas a transmisión hereditaria. En esto la Iglesia no fue más que uno de los sujetos que buscaban ese beneficio, pero un sujeto de mucho peso.

La primera cuestión *de derecho* que subraya la influencia eclesiástica en el *use* y en el *trust*, es la presencia casi exclusiva de clérigos en la *Court of Chancery*, el tribunal real de equidad. En virtud de ello, sólo los clérigos (aunque formasen parte de un tribunal de la corona) conocían acerca del incumplimiento de las fiducias, o dicho de otro modo, de la lesión que podían sufrir los beneficiarios del *use*, más débilmente protegidos. La segunda cuestión de derecho es la profunda interconexión entre los tribunales reales y los tribunales canónicos para las materias hereditarias e intergeneracionales. Los ciudadanos ingleses acudían con frecuencia a los tribunales de la Iglesia por cuestiones de *trust* (para pedir responsabilidad jurídica por el incumplimiento de la confianza). Por último hay que hacer mención de la doctrina del *ius commune* continental, siempre viva en los grandes juristas ingleses, desde el siglo XII hasta el XVIII, inspirando las instituciones y la práctica jurídica. La tradición civil y canónica continental está presente en Inglaterra desde la conquista normanda, con Lanfranco de Bec y Vacario. Esta tradición continuó con juristas como Henry Bracton en el siglo XIII, y siguió viva con representantes tan significados como Edward Coke en el siglo XVII y William Blackstone en el XVIII.

Desde el siglo XIX no ha sido fácil la comprensión recíproca del *common law* anglosajón y el *civil law* continental. El derecho británico ha considerado el *trust* como una conquista exclusivamente suya. Y el derecho civil europeo lo ha mirado generalmente con suspicacia. El derecho continental ha hecho dos reproches distintos al negocio fiduciario: uno por frenar la distribución de los bienes, vinculándolos a grupos exclusivos; y otro por establecer un doble efecto en el negocio jurídico, atentando contra la verdad. Un reproche por insolidario y otro por simulatorio.

Menos dificultad de comprensión ofrecen para el derecho continental (y también para el derecho canónico) los *charitable trusts*. No son *trusts* ordinarios. Desde su origen, a comienzos del siglo XVII, los *charitable trusts* han tenido características fuertemente distintivas: han servido a fines sociales, han constituido proyectos permanentes, y sus destinatarios no han sido nunca individuos que gocen de un derecho al beneficio. Esto les hace más fácilmente integrables en otros sistemas jurídicos.

El ordenamiento canónico ha conocido figuras de fiducia semejantes al *trust* (como la *confidentia beneficalis* y la *commendatio*) que ocasionaron graves corruptelas, desarraigadas después del Concilio de Trento. Pero nunca ha existido en el derecho canónico un verdadero rechazo del fideicomiso. Actualmente el c. 1302 admite un supuesto de negocio fiducial en el que caben variantes diversas: la donación modal de carácter fiduciario, el fideicomiso, e incluso el *trust* canónico. No parece que pueda llamarse sin embargo al supuesto del c. 1302 fundación no autónoma. El *trust* canónico, en cualquier caso, no sería un ente, sino un negocio; y no estaría en manos de la autoridad pública, sino del fiduciante y del fiduciario.

**Bibliografía**

- ALLI TURRILLAS, J.-C., *La fundación, ¿una casa sin dueño? (gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Iustel, Madrid 2012.
- ARESPACOCCHAGA, J. DE, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid 2000.
- AZNAR GIL, F. R., *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca <sup>2</sup>1993.
- BÁEZ MORENO, A., *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Pamplona 2009.
- BARBERO, A., *Liberti, raccomandati, vassalli. Le clientele nell'età di Carlo Magno*, *Storica* 14 (1999) 7-60.
- BASSETT, W. W., *Canon Law and the Common Law*, *Hastings Law Journal* 29 (1978) 1383-1419.
- BEAN, J. M. W., *The decline of English feudalism: 1215-1540*, Univ. Press, Manchester; Barnes & Noble, New York 1968.
- BERNARDINI, J. – MASTROMATTEO, A., *Capitolo II. Il trust*, en A. ARCERI – M. BERNARDINI – M. BUCCHI, *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Maggioli, Dogana (Repubblica di San Marino) 2010, 29-104.
- BIANCALANA, J., *Medieval Uses*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 111-152.
- , *The Fee Tail and the Common Recovery in Medieval England, 1176-1502*, University Press, Cambridge 2003.
- BROMLEY, B., *1601 Preamble: The State's Agenda for Charity*, *Charity Law and Practice Review* 7.3.4 (2001) 177-211.
- BROWN, B. F., *The ecclesiastical origin of the use*, *Notre Dame Lawyer* 10 (1935) 353-366.
- CAM, H. M., *The theory and practice of representation in medieval England*, en E. B. FRYDE – E. MILLER, *Historical Studies of the English Parliament, I. Origins to 1399*, Cambridge University Press, London 1970, 262-278.
- CARAVALE, M., «Fedecomesso (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, 109-114.
- CARNE, W. L., *A Sketch of the History of the High Court of Chancery from the Chancellorship of Wolsey to that of Lord Nottingham*, *Virginia Law Register* 13 (1927-28) 391-421; 589-620.

- CASTÁN, S., *Reseña bibliográfica de «FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario de la, La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano»*, Revista de estudios histórico-jurídicos 35 (2013) 818-826.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid 2002.
- CHESTERMAN, M., *Charities, Trusts and Social Welfare*, Weidenfeld and Nicolson, London 1979.
- CRUISE, W., *A Digest of the Laws of England respecting Real Property*, I, J. Butterworth & Son, London <sup>3</sup>1824; II, A. Strahan, London <sup>2</sup>1818.
- CUENA BOY, F., *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Universidad de Cantabria, Santander 2004.
- DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, R., *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Universidad de Piura, Lima 2012.
- DESHUSSES, J., «Confidence», en R. NAZ (ed.), *Dictionnaire de Droit canonique*, IV, Paris 1949, 67.
- DEVINE, S. W., *The Franciscan friars, the feoffment to uses, and canonical theories of property enjoyment before 1535*, The Journal of Legal History 10 (1989) 1-22.
- DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid 1999.
- DUPLÁ MARÍN, M. T., «*Fideicommissum hereditatis: hereditas et fideicommissum*» (I). *Algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica en Derecho romano*, La Notaría 17 (V-2005) 52-73.
- FEENSTRA, R., *Foundations in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiducia*», cit., 305-326.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La fiducia sucesoria, ensayo de construcción dogmática*, Revista Crítica de derecho inmobiliario 583 (Nov.-Dic. 1987) 1731-1753.
- FERRANTE, M., *Sull'inattualità del divieto di costituzione di fondazioni fiduciarie di culto disposte per testamento*, Il Diritto ecclesiastico 110 (1999) 402-449.
- , *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008.
- , *Diritto ecclesiastico e diritto privato: ossimoro o sinestesia?*, en A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Giuffrè, Milano 2008, 219-241.
- FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos* [trad. R. ATARD – J. A. DE LA PUENTE], Revista de Derecho privado, Madrid <sup>3</sup>1953, 65-77.

- FISHMAN, J. J., *The Political Use of Private Benevolence: The Statute of Charitable Uses*, Pace Law Faculty Publications, Paper 487 (2008) [digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/487].
- GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Civitas, Madrid 1981.
- GOÑI, M., «Fideicomiso», en J. OTADUY – A. VIANA – J. SEDANO (eds.), *Diccionario general de Derecho canónico*, III, Thomson-Reuters/Aranzadi, Pamplona 2012, 979-982.
- GRAZIADEI, M., *The Development of «Fiducia» in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the «Ancien Regime»*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 327-359.
- GUYOT, M. (ed.), «Homme vivant, mourant et confiscant», en *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, XXIX, Paris 1779, 376-378.
- HELMHOLZ, R. H., *The Early Enforcement of Uses*, Columbia Law Review 79 (1979) 1503-1513.
- , *Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, en «*Itinera Fiduciae*», cit., 153-172.
- , *The Oxford History of the Laws of England. I. The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- HELMHOLZ, R. H. – ZIMMERMANN, R. (eds.), «*Itinera Fiduciae*»: *Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker and Humblot, Berlin 1998.
- , *Views of Trust and «Treuhand»: An introduction*, en R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 27-44.
- HERMAN, S., *Medieval usury and the commercialization of feudal bonds*, Duncker and Humblot, Berlin 1993.
- , «*Utilitas Ecclesiae*»: *The Canonical Conception of the Trust*, Tulane Law Review 70 (1996) 2239-2278.
- , *Trusts Sacred and Profane: Clerical, Secular, and Commercial Uses of the Medieval Commendatio*, Tulane Law Review 71 (1997) 869-896.
- , *Utilitas Ecclesiae versus Radix Malorum: The Moral Paradox of Ecclesiastical Patrimony*, Tulane Law Review 73 (1999) 1231-1262.
- , *The Canonical Conception of the Trust*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiduciae*», cit., 85-109.
- HOLMES JR., O. W., *Early English Equity*, en ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS (ed.), *Select essays in Anglo-American legal history*, II, Little, Brown and Company, Boston 1908, 705-721.

- HUDSON, A., *Understanding Equity and Trusts*, Routledge, Oxon/New York 2013.
- JOHNSTON, D., *The Roman law of trusts*, Oxford University Press-Clarendon Press, Oxford-New York 1988.
- JONES, G., *History of the Law of Charity, 1532-1827*, Cambridge U.P., London 1969.
- JONES, N., *Trusts in England after the Statute of Uses: A View from the 16th. Century*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera fiduciae*», cit., 181-190.
- KLERMAN, D., *Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law*, *The University of Chicago Law Review* 74 (2007) 1179-1226.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., *Elementos de Derecho civil*, V, Dykinson, Madrid 2004.
- LAUDISIO, M., *Istituti fiduciari e diritto canonico (I-II)*, Omnia Iustitiae, Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore 6/1-2 (2009) 28-32, 33-36.
- LUPOI, M., *Trusts*, Giuffrè, Milano 1997.
- , *The civil Law Trust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 32 (1999) 967-988.
- , *Istituzioni del Diritto del Trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova 2011.
- MAITLAND, F. W., *The origin of Uses*, *Harvard Law Review* 8 (1894) 127-137.
- , *Roman Canon Law in the Church of England. Six essays*, Methuen & co., London 1898.
- , *Equity also The Forms of Action at Common Law. Two courses of Lectures* [A. H. CHAYTOR – W. J. WHITTAKER (eds.)], Cambridge University Press, Cambridge 1929.
- MARCHETTI, F., *Luci e ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica*, en S. AMOROSINO et al. (a cura di), *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Milano 2010, 1103-1117.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Civitas, Madrid 1991.
- MILSOM, S. F. C., *A natural history of the Common Law*, Columbia University Press, New York 2003.
- , *Historical Foundations of the Common Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- MIÑAMBRES, J., *Fondazioni pie e figure affini*, *Ius Ecclesiae* 21 (2009) 333-346.

- O'HALLORAN, K. – MCGREGOR-LOWNDES, M. – SIMON, K. W., *Charity Law & Social Policy*, Springer, London 2008.
- O'LYNN, Ch. E., *History of men in Nursing: A Review*, en Ch. E. O'LYNN – R. E. TRANBARGER (eds.), *Men in Nursing. History, Challenges and Opportunities*, Springer, New York 2007, 5-42.
- OTADUY, J., *Positivismos ingenuos. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de ley canónica (21.I.2012)*, *Ius Canonicum* 54, 107 (2014) 23-44.
- PARISIUS, F., *De confidentialia beneficiis prohibita tractatus*, Gulielmi Facciotti, Romae 1595.
- POLLOCK, F. – MAITLAND, F. W., *History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I-II, Cambridge University Press, Cambridge <sup>2</sup>1898.
- PORTALIS, J. E. M., *Discurso preliminar al código civil francés* [I. CREMADES – L. GUTIÉRREZ-MASSON (eds.)], Civitas, Madrid 1997.
- REGELSBERGER, F., *Pandekten*, Duncker & Humblot, Leipzig 1893.
- RICCA, L., «Fedecomesso (diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, 114-143.
- SANDFORD, D. K. – THOMSON, T. – CUNNINGHAM, A., «Tenures», en *Popular Encyclopedia*, VI, Blackie and Son, Glasgow 1841, 563-566.
- SARULLO, G., *Pie volontà, fondazioni pie e «Trusts»: analogie, differenze e modalità applicative nell'ordinamento giuridico canonico latino e nell'ordinamento giuridico italiano*, Pontificia Studiorum Universitas a S. Thoma Aq. in Urbe, Romae 2007.
- SCHERNER, K. O., *Formen der Treuhand im alten deutschen Recht*, en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera fiduciae*», cit., 237-266.
- SCHOUPPE, J.-P., *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano <sup>2</sup>2008.
- SHEEHAN, M. M., *The will in medieval England: From the conversion of the Anglo-Saxons to the end of the thirteenth century*, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto 1963.
- SLOANE, Ch., «Mortmain», en Ch. G. HERBERMANN et al. (eds.), *The Catholic Encyclopedia*, vol. X, New York 1913, 579-582.
- SOLS LUCIA, A., *La fundación pía no autónoma en el actual CIC*, *Revista Española de Derecho Canónico* 135 (1993) 519-552.
- STUBBS, W., *The Constitutional History of England in its Origin and Development*, III, Clarendon Press, Oxford <sup>3</sup>1884.
- , *Seventeen lectures on the study of Medieval an Modern History and kindred subjects*, Clarendon Press, Oxford 1887.

- THORNE, S. E., *English Feudalism and Estates in Land*, Cambridge Law Journal 17 (1959) 193-209.
- TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1975.
- TRIFONE, R., *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia. I. Dal diritto romano agli inizi del sec. XVI*, L. Pierro & figlio, Napoli 1914.
- TRULLOLS DURÁN, J. C., *Naturaleza jurídica de las Fundaciones Pías no autónomas*, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, Facultas Iuris Canonici, Romae 2007.
- UNDERHILL, A. – HAYTON, D. J., *Law relating to trusts and trustees*, LexisNexis, London <sup>18</sup>2010.
- VAN CAENEGEM, R. C., *The birth of the English common law*, Cambridge University Press, Cambridge 1974.
- , *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (trad. M. J. HIGUERAS), Palestra ediciones, Lima 2011.
- VOCI, P., «Fedecommesso (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, 103-109.
- ZARTALOUDIS, T., *Theories of Origin as to the Progenitor of the Trust: The invention of the uses and the Franciscan influence in England*, Divus Thomas 115 (2012) 167-228 (cit. por eprints.bbk.ac.uk/4801, 1-50).
- ZIMMERMAN, R., *Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor*, en R. H. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN (eds.), «*Itinera Fiducia*», cit., 267-304.